Archiv für bürgerliches Recht

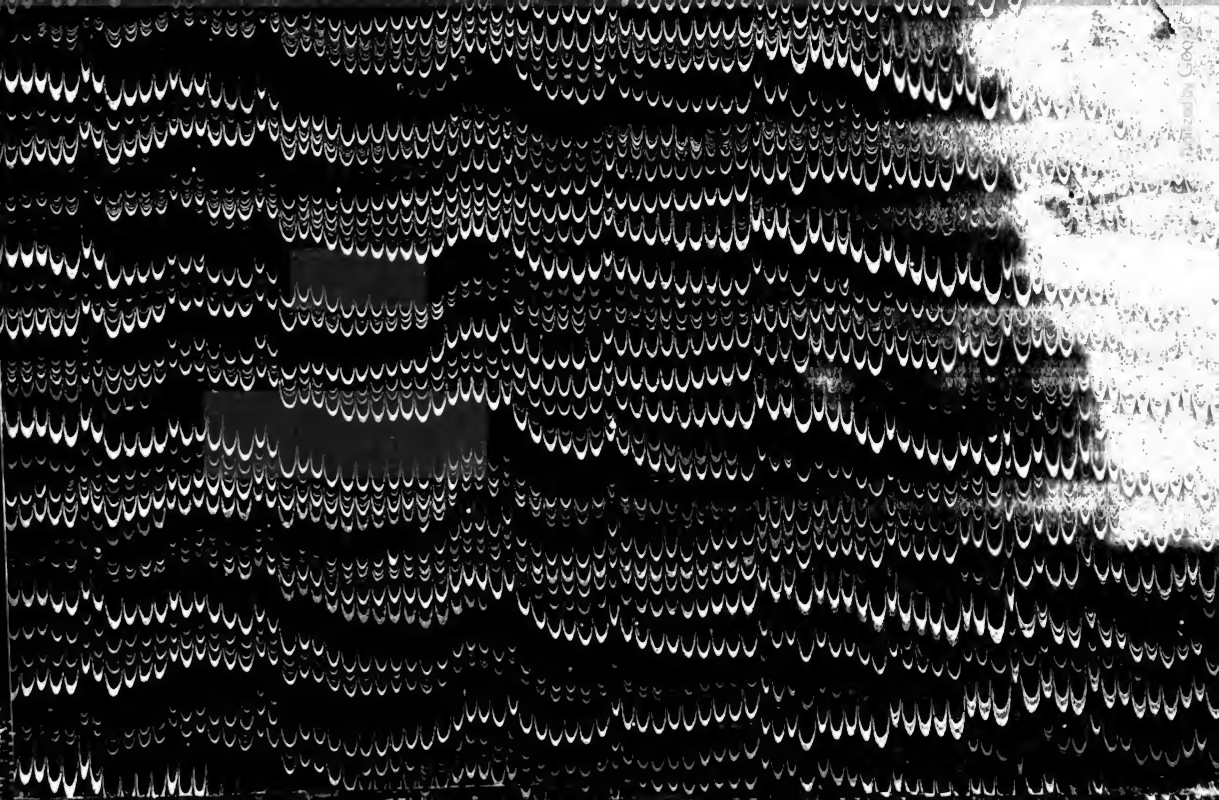
Josef Kohler, Viktor Ring, Paul Ernst Wilhelm ...

Digitized by Google

Bd Aug 1891

SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE

Received
Jan. — June 1891



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Fünfter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1891.

Digitized by Google

Verlags-Archiv 1731.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1. Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft. Von Regierungs-Rath Dr. A. Affolter in Solothurn 1

2. Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte. Von Rechtsanwalt Dr. Hermann Staub in Berlin 12

3. Zwei Beiträge zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Landgerichtsrath Brettner in Cottbus 58

4. Das Individualrecht als Rameurecht. Von J. Kohler . . . 77

5. Der neueste Entwurf einer Novelle zum Englischen Aktienrecht. Von Dr. jur. J. Hirschfeld in London 111

6. Die Ideale im Recht. Von J. Kohler 161

7. Die privatrechtlichen Körperschaften im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Von Justizrath Lesse in Berlin 266

8. Das gesetzliche Pfandrecht und das Pfändungspfandrecht nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Von Amtsrichter Dr. jur. Max Mittelstein in Hamburg . . . 275

9. Die Altersvormundschaft nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, unter Berücksichtigung des preußischen Rechts. Von Amtsgerichtsrath Dr. Adamkiewicz in Schweidnitz 291

10. Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Von Dr. Seng, Amtsrichter a. D. und Privatdozent in Heidelberg 336

Literatur.

I. Civilistische Rundschau. Von Amtsrichter Dr. Ludwig Goldschmidt in Gelsenkirchen 129

Digitized by Google

Seite

II. Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, vom 1. Mai 1889 und dessen Literatur. Von V. Ring 140

III. Neue handelsrechtliche Literatur. Nachtrag. Von V. Ring . . 150

IV. Anzeigen. Von V. Ring 156

V. Neue handelsrechtliche Literatur. Von V. Ring 380

Alphabetisches Sachregister 387

Literaturverzeichniß 391

Digitized by Google

1.

Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft.

Von Regierungs-Rath **Dr. A. Affolter** in Solothurn.

Die deutsche Rechtswissenschaft hat sich von jeher fast durchwegs gegen die Annahme ablehnend verhalten, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei (vergl. Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXX S. 473.) Man gesteht zwar vielfach zu, daß mit dieser Annahme die bei dieser Gesellschaftsform zu Tage tretenden Rechtsverhältnisse sich sicherer und einfacher konstruiren lassen, als bei Festhaltung an dem gewöhnlichen Sozietätsbegriffe. Die Hauptbedenken, welche man geltend macht, gründen sich auf die hervortretenden Verschiedenheiten der offenen Handelsgesellschaft von der römischen Universitas. Bei letzterer vollständige Wandelbarkeit der Glieder und Ausschluß jeder Haftbarkeit der Einzelnen, bei ersterer dagegen grundsätzliche Bestimmtheit der Gesellschafter und volle Haftung derselben. Zwar ist, worauf Laband (a. a. O. S. 476) mit Recht hinweist, bei der offenen Handelsgesellschaft der Eintritt neuer Mitglieder und der Austritt von Mitgliedern rechtlich nicht ausgeschlossen, wenngleich von einer völlig freien Veränderlichkeit der Glieder nicht gesprochen werden kann.[1])

[1]) In Deutschland hat die Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, einen bedeutenden Vertreter gefunden in W. Gelpcke, Die Handelsgesellschaft als juristische (moralische) Person (Zeitschrift für Handelsrecht von W. Gelpke, 2. Heft 1852 S. 3 ff.). Dieser Praktiker bemerkt (S. 36), wie ich glaube, vollkommen richtig: „Es dürfte kaum eine

Digitized by Google

Darüber ist man einig, daß unter juristischer Person ein Träger von Rechten und Verpflichtungen zu verstehen ist, der nicht Mensch ist. Ist dieser Träger, dieses Rechtssubjekt überhaupt etwas Wirkliches, Reales oder eine bloße Fiktion? Die herrschende Meinung sieht darin etwas blos Vorgestelltes, Fingirtes, in Wirklichkeit nicht Existirendes. Demgegenüber bestehen Ansichten, wonach dem Vorgestellten etwas Reales entsprechen soll. Worin aber das Wirkliche bestehe, welches die reale Substanz der juristischen Person sei, darüber herrscht Einigkeit der Meinungen nicht.

Die juristische Person ist nicht etwas Körperliches, Greifbares, aber doch ein Etwas, schlechthin gesagt ein Ding, das existirt und welchem von der Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit verliehen ist. Wie man dieses Ding nennt, ist gleichgültig. Das Einzige, das man sich dabei klar zu machen hat, ist die Thatsache, daß eben subjektive Rechte nicht nur Menschen, sondern auch Dingen zustehen können, daß somit auch bloße Dinge Rechtssubjekte sein können. Die Benennung derselben als Personen darf aber nicht die Annahme aufkommen lassen, daß man dabei irgend welche Eigenschaften von natürlichen Personen fingirt. Der Ausdruck „rechtsfähige Dinge" wäre vielleicht zur völligen Klarlegung der Verhältnisse vorzuziehen.

Gegenüber der Annahme, daß auch bloßen Dingen, nicht nur Menschen die Rechtsfähigkeit verliehen werde, liegt der Einwand nahe, daß die Rechtsordnung der Menschen wegen da sei und daß vernünftigerweise nur Menschen Berechtigungen und Verpflichtungen haben können. Es ist richtig, daß in letzter Linie alles Recht der Menschen wegen geschaffen ist; dies hindert aber nicht, daß die Rechtsordnung gerade im Interesse von Menschen bloßen Dingen, welche im Dienste der Menschen stehen, Rechtsfähigkeit verleiht.

Im ersten Stadium der Entwickelung des Menschengeschlechts sind die Antheile der Menschen an den Gütern der Erde unmittelbare, d. h. der Einzelne erwirbt für sich und zu seinem direkten

Seite in den rechtlichen Verhältnissen einer Handelsgesellschaft zu finden sein, bei der nicht das Bedürfniß der Anerkennung der letzteren als einer besonderen juristischen Persönlichkeit mehr und minder sichtbar wäre."

(Der Charakter der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person ist auch vertreten bei Kohler, Recht des Markenschutzes S. 235 f. D. R.)

Digitized by Google

Nutzen. Erst bei zunehmender Entwickelung zeigt sich das Bedürfniß, materielle Güter nur mittelbar zu einzelnen Menschen in Beziehung zu bringen. Der Grundgedanke geht dabei dahin, die Güter zu schonen, man will dieselben bestimmten Personen zu Gute kommen lassen, zugleich aber vor dem Egoismus des Einzelnen sichern. Oder aber, man will im Verkehre eine bestimmte Anzahl Güter zuvorderst und abgesondert der wirthschaftlichen Gefahr aussetzen. Das Charakteristische dieses wirthschaftlichen Gedankens besteht darin, daß sich in das Verhältniß der Güter zu den Personen ein Glied hineinschiebt. Es bestehen danach für die betheiligten Einzelnen keine unmittelbaren Beziehungen zu den Gütern, aber auch keine unmittelbaren Verpflichtungen. Nur dieses Mittelglied erscheint dabei als das unmittelbar Berechtigte und Verpflichtete; es ist das Subjekt, welches vorläufig die Rechte und Verpflichtungen auf sich vereinigt und so ausgerüstet den unmittelbar Betheiligten dient. Wir treffen dieses Verhältniß bei allen Erscheinungsformen der juristischen Person.

Wenn wir die juristische Person als etwas Reales auffassen, so haben wir die Frage zu beantworten, was die Substanz dieses Realen sei. Man ist geneigt, die Substanz in dem Willen der die juristische Person begründenden Personen zu finden, so Zitelmann (Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen S. 53 ffg.). Heusler (Institutionen des deutschen Privatrechts S. 254 ffg.) sieht das Wesen der juristischen Person in dem das Vermögen derselben in Bewegung setzenden und im Rechtsverkehre beherrschenden Willen. Bei den Stiftungen sei es der Wille des Stifters; dieser Wille bleibe auch nach dem Tode des Stifters fixirt, und die mit der Vertretung und Verwaltung des Vermögens betrauten Personen brächten diesen Willen zur Ausführung nicht als ihren eigenen, sondern als einen fremden, das Vermögen immerfort beherrschenden. Bei Personenvereinigungen sei es der Beschluß sämmtlicher Mitglieder; in dem Beschlusse vereinigten sich die Einzelwillen zu einem einheitlichen, und dieser geeinte Wille der Gesammtheit sei personifizirt und zum Rechtssubjekte in der Korporation erhoben. Die Anschauung Heusler's stimmt nicht mit der naturwissenschaftlichen Auffassung und der Erfahrung überein. Der menschliche Wille ist eine zeitlich begrenzte, vorübergehende Erscheinung. Der geltend gemachte Wille hört auf mit der Erreichung des Zieles, nach welchem er hin-

Digitized by Google

steuerte. Der Wille kann nicht fixirt, perpetuirt werden, blos das Gewollte kann als eingetretene Veränderung von längerer Dauer sein. Die Annahme Heusler's von der Fortdauer, Perpetuirung des Willens ist Fiktion.[2]) Es ist, um auf Einzelnes einzugehen, nicht der Wille des Stifters, der nach seinem Tode bei der Verwaltung des Vermögens zu Tage tritt; denn die Verwalter und Vertreter der Stiftung äußern ihren eigenen unmittelbaren Willen, wenn sie auch regelmäßig darnach trachten werden, denselben dem vom Stifter Gewollten möglichst anzuschließen. Der Wille, der in den Beschlüssen der Korporation zu Tage tritt, zeigt sich nur periodisch, er ist nicht ein fortdauernder, anhaltender Wille, der Substanz der juristischen Person zu sein vermöchte.

Wenn aber auch der die juristische Person gründende Wille, weil nur Erscheinung in der Zeit, nicht Substanz der juristischen Person sein kann, so ist doch die Thatsache des Vorhandengewesenseins dieses Gründungswillens, der Wille als Geschehniß etwas Bleibendes. Ich glaube, daß dieses Geschehniß einen Hauptbestandtheil der realen Substanz bildet, welche wir für die juristische Person suchen. Die Thatsache, daß ein rechtsförmiger Gründungswille da ist bezw. war, ist mit eine Voraussetzung der Entstehung, ein Theil des Dinges selbst, das juristische Person genannt wird. Das Geschehniß dieses Willens ist aber nicht einzig Substanz der juristischen Person. Es gehören dazu noch weitere Thatsachen, wie: Vorhandensein eines Vermögens, Möglichkeit und Erlaubtheit des Zweckes, genügende Personenzahl, Eintragung im Handelsregister (bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften) u. s. w.

Die Substanz der juristischen Person besteht nach meiner Auffassung aus Thatsachen. Die Thatsache ist nicht blos etwas Vorgestelltes, sie gehört nicht der Einbildung an, ist nicht etwas Fiktives. Sie ist etwas Reales, Wirkliches, wenn auch als solches nichts Greifbares, Körperliches. Freilich muß die Thatsache vorgestellt werden, um zum Bewußtsein zu gelangen; dieser Vorstellung entspricht aber die Realität der Außenwelt.

Das römische Recht kennt als Rechtssubjekt, das mehreren Einzelnen voransteht und dessen Vermögen diesen Einzelnen unter

[2]) Vgl. auch Kohler in diesem Archiv III. S. 237. D. R.

Digitized by Google

bestimmten Voraussetzungen und Schranken zu Gute kommt, ohne daß ein unmittelbares Verhältniß der Einzelnen zu den Gütern besteht, die sog. universitas personarum. Dieser universitas ist es eigenthümlich, daß sie unabhängig ist von dem Wechsel der Einzelnen und daß diese Einzelnen für die Schulden des Verbandes nicht haften. Diese Eigenthümlichkeiten sind solche des Gebildes, dem die Rechtsfähigkeit zukommt, sie sind aber nicht Voraussetzung der Existenz des besonderen Rechtssubjektes. Die Eigenschaften der universitas, welche in l. 75 D. 5. 1 und l. 7 § 2 D. 3. 4 angegeben sind, sind Eigenthümlichkeiten dieser Personenverbände, nicht nothwendige Bedingungen für das Bestehen eines besonderen Rechtssubjektes. Die irrthümliche Annahme, daß sämmtliche Eigenschaften einer universitas vorhanden sein müssen, damit ein Personenverband als juristische Person gelten könne, führte zu einer völligen Verkennung des Charakters unseres heutigen Gesellschaftswesens. Man entnahm dem römischen Rechte nur die Schablone, nicht den Gedanken.

Ein Rechtssubjekt mit beschränkter Wandelbarkeit und subsidiärer Haftung der hinter ihm stehenden, betheiligten Einzelnen kann ein wirthschaftliches und soziales Bedürfniß sein; es entsteht, sobald die Rechtsordnung anerkennt, daß das geschaffene Gebilde, als einheitliches Ding aufgefaßt und benannt, auf seinen Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen könne, ohne daß die Einzelnen direkt berechtigt und verpflichtet werden. Es ist dabei die Rechtsordnung, welche die Rechtsfähigkeit verleiht, nicht aber schafft, die Rechtsordnung die Substanz des Rechtssubjektes; diese Substanz ist Produkt von äußeren Vorgängen, geschaffen von willensfähigen Personen.

Die Gründe, welche man gegen die Annahme anführt, daß bei der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges, mit den einzelnen Gesellschaftern nicht identisches Rechtssubjekt vorhanden sei, sind nicht überzeugender Natur. Unstichhaltig ist jedenfalls der Einwurf Behrend's (Lehrbuch des Handelsrechts S. 444 Anm.), der, auf die Ausführungen Bierling's (Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II. Th. S. 108ffg.) sich stützend, bemerkt: „Die Fiktion der Persönlichkeit darf nicht weiter ausgedehnt werden, als der Zweck der Personifikation dies erheischt." Das Rechtssubjekt der offenen

Digitized by Google

Handelsgesellschaft ist keine Fiktion. Die Substanz dieses Rechtssubjektes besteht aus den Thatsachen: Vereinigung zweier oder mehrerer Personen zur anhaltenden Verfolgung kommerzieller Zwecke, mit gemeinsamen Mitteln bezw. Kräften und unter gemeinsamen Namen. Das Recht anerkennt dieses substantielle Ding als Rechtssubjekt dadurch, daß es den Erwerb von Rechten, die Eingehung von Verbindlichkeiten auf den Namen dieses Gebildes anerkennt. Das Rechtssubjekt der offenen Handelsgesellschaft hat Vertreter wie jede juristische Person; es kann Prozesse führen, vor Gericht verklagt werden, in Konkurs fallen u. s. w. ebenfalls wie jede andere juristische Person. Mit der Selbständigkeit des Subjektes der offenen Handelsgesellschaft ist ganz gut vereinbar eine bestimmte Abhängigkeit desselben von den einzelnen Gesellschaftern.

Die Selbstständigkeit zeigt sich in der Unzulässigkeit der Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Forderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter.[3]) Sie zeigt sich ferner darin, daß der einzelne Gesellschafter mit der Gesellschaft als solcher Verträge abschließen, Forderungen gegen dieselbe erwerben und Schuldner derselben sein kann,[4]) daß der neu eintretende Gesellschafter für die früheren Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Sie tritt endlich zu Tage in dem Umstande, daß

---

[3]) Laband (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXXI S. 12 ffg.) will diesen Satz aus dem allgemeinen Prinzipe ableiten, daß der nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter nicht über den Gesellschaftsfond disponiren dürfe und auch sein Gläubiger nicht für ihn. An und für sich seien die Forderungen kompensabel. Der Ausschluß des allgemeinen Prinzips der Kompensation läßt sich aber mit der Rücksicht blos auf das Interesse Dritter (der übrigen Gesellschafter) nicht genügend rechtfertigen. Es kann nur ein innerer Grund (die Verschiedenheit der einander gegenüber stehenden Rechtssubjekte) die Unzulässigkeit der Kompensation erklären.

[4]) Die herrschende Meinung, „daß der einzelne Sozius Gläubiger und Schuldner der Sozietät sein könne," wird von Laband (a. a. O. S. 21 ff.) bestritten. Laband ist sich wohl bewußt, daß ein Zugeständniß zugleich Bejahung der juristischen Person wäre. „Verhielte sich dies so," bemerkt er, „so wäre die Handelsgesellschaft in der That eine juristische Person; denn das Wesen der Person besteht in der Fähigkeit, Rechtssubjekt, also z. B. Gläubiger oder Schuldner zu sein." Der Versuch Laband's aber, diese Obligationen als Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern zu konstruiren, erscheint nicht als gelungen.

Digitized by Google

der Konkurs der Gesellschaft nicht zugleich Konkurs der Gesellschafter ist.

Die Abhängigkeit der Gesellschaft, bezw. des Gesellschaftsvermögens von den einzelnen Gesellschaftern, die nahen Berührungen, in welchen Gesellschaft und Gesellschafter zueinander stehen, werden vielfach als Gründe gegen die Annahme einer juristischen Person angeführt. Eine mehr oder weniger große Abhängigkeit des Rechtssubjektes von bestimmten Personen treffen wir aber bei allen juristischen Personen an. Diese Abhängigkeit ist allerdings bei der offenen Handelsgesellschaft stärker als bei irgend einer andern, historisch gegebenen Form der juristischen Person, aber deswegen ist man noch nicht berechtigt, die Möglichkeit eines besondern Rechtssubjektes zu verneinen.

Die innige Beziehung der Gesellschafter zur Gesellschaft zeigt sich vor allem darin, daß erstere für die Schulden der letzteren mit ihrem ganzen Vermögen haften. Es stehen aber die einzelnen Gesellschafter nicht im direkten Schuldverhältnisse zu den Gesellschaftsgläubern, sie können von diesen nicht unmittelbar belangt werden. Die Schulden der Gesellschaft sind nicht als gleichzeitige Schulden der Gesellschafter aufzufassen, für diese besteht lediglich eine Haftung, ein Zustand, der zu einem direkten Schuldverhältnisse führen kann. Daß die Verbindlichkeit der Gesellschaft nicht zugleich Verbindlichkeit der Gesellschafter ist, geht unzweifelhaft aus dem Umstande hervor, daß die Forderung ihren speziellen Charakter, den sie gegenüber der Gesellschaft hat, gegenüber den Gesellschaftern verliert, aus einem ganz andern Rechtsgrunde hervorgeht, überhaupt eine andere Forderung ist, sobald die Gesellschafter belangt werden müssen. Eine Forderung an die Gesellschaft verjährt möglicherweise viel später, als die Verbindlichkeit der Gesellschafter, für die Zahlung einzustehen (vergl. Artikel 146 des Deutschen Handelsgesetzbuches). Die Gesellschafter haften für die gehörige Erfüllung der Gesellschaftsschulden; diese Haftpflicht ist eine gesetzliche.[5]) Die Gesellschaft schuldet z. B. aus Darleihen, Kauf, Dienst-, Miethvertrag u. s. w., die Gesellschafter

[5]) Dieser Gedanke findet sich bereits angedeutet bei Gelpke in seiner cit. Abhandlung S. 64 und 65: „Die Verbindlichkeit der Gesellschafter muß nicht nothwendig als mit der Verbindlichkeit der Sozietät gegen den Dritten zusammenfallend gedacht werden."

Digitized by Google

aber werden nur schuldig in Folge ihrer gesetzlichen Haftung. Die Forderungen aus dieser Haftung sind Schadloshaltungsforderungen; sie haben somit alle den gleichen rechtlichen Charakter. Besteht für die Forderung an der Gesellschaft ein Konkursprivilegium, so gilt dieses Vorrecht nicht auch im Konkurse des einzelnen Gesellschafters. Daß die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft eine gesetzliche, eine Haftung ex lege ist, geht mit Deutlichkeit auch aus dem fernern Umstande hervor, daß der neueintretende Gesellschafter für die frühern Verbindlichkeiten der Gesellschaft ebenfalls haftet.

Laband (Goldschmidts Zeitschrift Bd. XXX S. 497 ffg. und S. 519) findet das Charakteristische der juristischen Person eines Personenverbandes darin, daß die Mitglieder von jeder Haftung ausgeschlossen sind. Die juristische Persönlichkeit des Vereins werde erkennbar in der Nichthaftung der Glieder für Vereinsschulden. Darnach beantworte sich die Frage nach der juristischen Natur der offenen Handelsgesellschaft. Dieselbe sei keine juristische Person. Die unbeschränkte Solidarhaft der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden bilde den strikten Gegensatz zur juristischen Person; es gebe kein selbständiges Gesellschaftsvermögen, weder aktives noch passives, sondern nur ein für Gesellschaftszwecke abgesondertes Vermögen der Gesellschafter.

Ich halte nicht dafür, daß die Haftbarkeit der einzelnen Gesellschafter bei der Entscheidung der Frage, ob die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, ins Gewicht fallen könne. Die Haftung der Gesellschafter ist, wie ich dargelegt zu haben glaube, eine rein gesetzliche. Bei Anordnung dieser Haftung geht der Gesetzgeber von nur praktischen Gesichtspunkten aus. Es ist sehr wohl denkbar, daß eine spätere Gesetzgebung unter Aufstellung gewisser Vorsichtsmaßregeln den Ausschluß dieser Haftung als möglich erklärt. Uebrigens finden sich ja viele Fälle der gesetzlichen Haftung einer Person für die Verbindlichkeiten einer anderen; ich führe hier an, daß nach Partikulargesetzgebungen der Ehemann einer Handelsfrau mit seinem ganzen Vermögen für die Schulden derselben haftet. Man denkt nicht daran, bei solchen Verhältnissen mit Umgehung des eigentlichen Schuldners eine direkte Schuldbeziehung des Haftenden zum Gläubiger zu konstruiren.

Digitized by Google

Wie die Gesellschafter nicht Schuldner der Gesellschaftsgläubiger sind, so sind sie auch nicht Gläubiger der Gesellschaftsschuldner. Sie können Gläubiger werden nur in Folge Ueberweisung der Forderung seitens der Gesellschaft, selbst im Falle der Liquidation. Die Gesellschafter sind auch nicht Miteigenthümer derjenigen Sachen, welche der Gesellschaft gehören, u. s. w.

Wenn ich in der bisherigen Darstellung versucht habe, in Kürze die Annahme zu rechtfertigen, daß die offene Handelsgesellschaft juristische Person sei, so ist damit die rechtliche Natur dieser Gesellschaftsform noch nicht vollständig berührt worden. Es bleibt noch die Beantwortung der Frage übrig, wie das Verhältniß der einzelnen Gesellschafter zum Rechtssubjekte der Gesellschaft zu denken sei.

Das Subjekt der offenen Handelsgesellschaft bedeutet durch seine Innehabung von Vermögenswerthen selbst ein wirthschaftliches Werthobjekt. Aber auch dann, wenn das Vermögen der Gesellschaft einen passiven Ueberschuß aufweist, kann das Rechtssubjekt in Beziehung zu diesem Vermögen als Gegenstand, als Objekt, wenn auch nicht als Werthobjekt gedacht werden. Dieses Werthobjekt bezw. Objekt schlechthin liegt im Miteigenthum der Gesellschafter. Das Recht des Gesellschafters ist nicht Recht am Gesellschaftsvermögen nach dessen rechtlichen Elementen, ist auch nicht Recht an Rechten, sondern Recht an dem Rechtssubjekte als einem gleichzeitigen Objekte. Das Rechtssubjekt der offenen Handelsgesellschaft ist der rechtsfähige Sklave, der im Miteigenthume der Gesellschafter steht.[6]) Der Gegenstand des Eigenthums ist zwar etwas Unkörperliches, aber doch ein Ding, das den Keim der Körperlichkeit in sich trägt. Die wirthschaftliche Bezeichnung des Objektes ist „Geschäft"; das Geschäft gehört den Gesellschaftern. Nach gemeinrechtlicher Auffassung wäre zwar die Konstruktion eines Eigenthumsrechtes an einer unkörperlichen Sache nicht zulässig. Der Grund aber, warum das römische Recht die unkörperliche

[6]) Bei der Aktiengesellschaft ist das Verhältniß der Aktionäre zum Rechtssubjekt der Gesellschaft juristisch gleich. Das Vermögen der Aktiengesellschaft gehört dieser als juristischen Person; diese letztere aber mit sammt ihrem Vermögen steht wieder als Objekt im Miteigenthum der Aktionäre.

Digitized by Google

Sache als ungeeignetes Eigenthumsobjekt ansieht, liegt lediglich darin, daß an einer solchen kein Besitzerwerb und somit auch keine Usukapion und Tradition möglich erscheint. Das durch das Rechtssubjekt der Gesellschaft als Inhaber eines Vermögens gebildete wirthschaftliche Gut, das Geschäft, ist aber als Gegenstand des Besitzes und der Uebergabe denkbar.

Das Rechtssubjekt der offenen Handelsgesellschaft kann als Inhaber eines reinen Vermögens dadurch geschmälert werden, daß ihm die Gesellschafter Summen entziehen, oder daß ein austretender Gesellschafter aus dem Vermögen ausgekauft wird. Soll das Werthobjekt unter sämmtliche Berechtigte getheilt werden, so enthält die Absicht der Theilung zugleich die Absicht, das Rechtssubjekt aufzuheben. Die Theilung beginnt mit dem Beschlusse der Auflösung der Gesellschaft und Eintragung dieses Beschlusses ins Handelsregister. Mit dieser Eintragung hört aber das Rechtssubjekt der Gesellschaft noch nicht auf; erst wenn die letzte Schuld derselben getilgt, die letzte Forderung einkassiert oder überwiesen, das letzte Stück Eigenthum veräußert ist, sinkt das Rechtssubjekt in sich zusammen. Die Verjährung der Haftpflicht beginnt jedoch für die Gesellschafter bereits mit dem Zeitpunkte der Eintragung des Aufhebungsbeschlusses im Handelsregister. Es ist möglich, daß nach Ablauf dieser Verjährungsfrist sich noch ein Gläubiger meldet, dessen Forderung gegenüber seinem Schuldner, dem Rechtssubjekte der Gesellschaft, noch nicht verjährt ist. Dieser Gläubiger kann dann, falls er nicht von den Gesellschaftern freiwillig befriedigt wird, den Konkurs seines noch existirenden Schuldners, der Gesellschaft, verlangen (Art. 147 des Deutschen Handelsgesetzbuches).

Das Verhältniß der Gesellschafter sowohl unter sich, als zum Rechtssubjekte der Gesellschaft wird durch den Gesellschaftsvertrag geregelt. Die Verpflichtung zur Einlage ist dabei nicht, wie bei der gewöhnlichen Sozietät, Verpflichtung gegenüber den Gesellschaftern, sondern gegenüber dem Rechtssubjekte der Gesellschaft; dieses wird forderungsberechtigt gegen die einzelnen Gesellschafter. Der Anspruch auf Einzahlung, bezw. auf Ergänzung oder Erhöhung der Einlage ist nicht actio pro socio, nicht Anspruch der Gesellschafter, sondern Anspruch der Gesellschaft. Anderseits ist der Anspruch auf Entnahme von Geldern nach Maßgabe von Art. 108 d. H.-G.-B.

Digitized by Google

Anspruch gegenüber der Gesellschaft als solcher. Die Gesellschaft ist Schuldnerin der Antheile und Einlagen gegenüber den Gesellschaftern.[7]) Die Forderung ist aber theilweise in ihrer Geltendmachung beschränkt durch die Nothwendigkeit der Einwilligung seitens der übrigen Gesellschafter. Die Beschränkung ist eine vertragsmäßige, durch den Gesellschaftsvertrag eingegangene.

Es muß allerdings zugegeben werden, daß vom praktischen Standpunkte aus es gleichgültig ist, ob Ansprüche der Gesellschaft an den einzelnen Gesellschaftern und umgekehrt (Feststellungsklagen in Bezug auf den Inhalt des Vertrages, Klagen über die Höhe der Einlagen, über Vertheilung des Gewinnes, über die Art und Weise der Fortführung des Geschäfts, über die Auflösung der Gesellschaft u. s. w.) als Prozesse zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern, oder nur zwischen diesen letztern zur gerichtlichen Abwicklung gelangen. Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist maßgebend für das Rechtssubjekt der Gesellschaft: dieser Inhalt hängt vollständig von dem Willen der Gesellschafter ab. Das Rechtssubjekt der Gesellschaft hat keinen von dem Willen der Gesellschafter verschiedenen Willen, sein Wille ist der nach dem Vertrage als ausschlaggebend anerkannte Wille der Gesellschafter.

---

[7]) Vom Standpunkte der Annahme aus, daß die Gesellschaft nicht juristische Person sei, kann natürlich in den Einlagen und Antheilen nur ein Partizipationskonto am Gesellschaftsfond erblickt werden. Vergl. Laband (Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXXI S. 40 ffg.).

Digitized by Google

2.

Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte.

Nach geltendem Recht und dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Rechtsanwalt **Dr. Hermann Staub**, in Berlin.

---

§. 1. Einleitung.

Der Entwurf und die Fuchs'sche Schrift „das Wesen der Dinglichkeit".[1])

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich hat die Frage nach dem juristischen Wesen der dinglichen Rechte wieder in den Vordergrund gerückt. Nicht mit Unrecht bemerkt Fuchs in seiner Schrift „Das Wesen der Dinglichkeit" S. 153, daß grade die Art, wie dort eine Reihe von sachenrechtlichen Instituten geregelt wird, die gewichtigsten und einmüthigsten Angriffe gegen das Kodifikationswerk wachgerufen hat. Er rechnet hierzu die Ablehnung der Sachgesammtheit und des Inbegriffs, der Vormerkung zum Schutze persönlicher Rechte auf Eintragung, die Versagung des Werkmeisterpfandrechts bei unbeweglichen Sachen, die Einführung erschwerender Voraussetzungen für die Eintragung der Vorrechtseinräumung und insbesondere die Aufnahme des Satzes: Kauf bricht Miethe.

---

[1]) Dr. Eugen Fuchs, Gerichtsassessor, (jetzt Rechtsanwalt am Kammergericht). „Das Wesen der Dinglichkeit." Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Berlin. Carl Heymanns Verlag 1889.

Digitized by Google

Volle Zustimmung verdient er, wenn er es im Interesse einer Versöhnung und Verständigung für geboten hält, die Einzelfragen nicht isolirt zu betrachten, sondern alle Angriffspunkte auf ein gemeinsames Prinzip zurückzuführen.

Und doch, trotz dieses unbedingten Beifalls, welcher seiner Methode zu zollen ist, ist gerade seine Schrift die Veranlassung zu dieser Abhandlung geworden.

Zwar insoweit hat er Recht, als er sagt, daß alle die gedachten unbefriedigenden legislatorischen Lösungen nur Symptome eines einheitlichen Grundübels, nur Konsequenzen eines unberechtigten Prinzips sind.

Aber er verkennt den Sitz des Uebels und schüttet das Kind mit dem Bade aus, wenn er meint, daß jene legislatorischen Mißgriffe der „Niederschlag eines falschen, aus der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie überkommenen Dinglichkeitsbegriffes sind".

Denn der herrschende Dinglichkeitsbegriff ist richtig und führt nicht zu jenen unbefriedigenden Konsequenzen. Er ist nur vom Entwurf derart eingeengt und mit ungehörigem Beiwerk vermengt worden, daß man sagen muß: Der Dinglichkeitsbegriff des Entwurfs ist nicht der herrschende.

§. 2.

Der herrschende Dinglichkeitsbegriff.

Nach der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie sind die dinglichen Rechte diejenigen, welche uns eine Sache unmittelbar unterwerfen (Dernburg, Pandekten §. 22). Dingliches Recht ist rechtliche Herrschaft über die Sache, oder, wie ich dies formuliren möchte, das Recht, das Schicksal einer Sache zu bestimmen.

Man wendet ein: Zwischen Menschen und Sachen könne es keine rechtliche Beziehung geben, die Sache könne nicht gewaltunterworfen sein.

Allein so bestechend das klingt, so unrichtig ist es.

Gewiß giebt es Beziehungen zwischen Menschen und Sachen. Sie ergeben sich ohne Weiteres durch das Nebeneinanderbestehen von Menschen und Sachen.

Die Menschen, als Herren der Schöpfung, machen die ganze übrige organische und anorganische Natur ihren Zwecken dienstbar

Digitized by Google

und bestimmen das Schicksal der einzelnen Sachen, der Eine über diese, der Andere über jene.

Diese Beziehungen sind zunächst thatsächlicher Natur. Die Rechtsordnung erhebt sie zu rechtlichen, damit nicht die Gewalt entscheide, wer die einzelnen Sachen seinen Bedürfnissen nutzbar machen soll.

Mit ihrer Anerkennung als rechtliche Beziehungen erwächst allen übrigen Menschen die Verpflichtung, jene Beziehungen nicht zu stören.

§. 3.

Die gegnerischen Theorien. „Der Anspruch gegen Jedermann."

Bei dem eben berührten Punkte setzen die Gegner ein. Sie meinen, daß das dingliche Recht überhaupt nur gebildet werde durch diesen Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung, und messen daher dem dinglichen Recht nur eine negative Willensmacht, nur das Recht auf Nichtbehinderung bei (Windscheid §. 43).

Mit beißendem Spotte vergleicht Kohler (Recht und Prozeß in Grünhut's Zeitschrift Band 14 S. 6) das dingliche Recht nach dieser Auffassung mit einem elektrischen Strome, der die ganze Menschheit durchzuckt.[2])

Und auch Ihering (Jahrbuch für Dogmatik 10 S. 392) sagt: „Diese reine negative und abstrakte Verpflichtung der ganzen Welt hat keinen Anspruch darauf, zu einem besonderen Begriffe erhoben zu werden. Sie ist nichts als der Schatten, den das Recht in die Außenwelt wirft, eine Uebersetzung aus dem positiven in das negative; was ich habe, hat ein anderer nicht."

So geistvoll aber diese Bemerkungen sind, zur wirksamen Bekämpfung und Niederschlagung der Gegner reichen sie doch nicht aus.

---

[2]) Kohler sagt an dieser Stelle weiter: „Hiernach steht der Eigenthümer der geringfügigsten Sache in einem Rechtsverhältnisse zu allen Menschen, also auch zum Neger am Stanley-Pool oder zum Neoferezen an der Geelvinks-Bai; jedes neu entstehende Eigenthum durchbebt die ganze Menschheit mit ihrem Schauer, und ein jedes neu gegrabene Erzstück, jeder neu gefangene Fisch bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht, wenigstens soweit als Menschen wohnen: denn alle diese können einmal in die Lage kommen, das Eigenthum zu verletzen."

Digitized by Google

Denn immerhin bleibt es doch als richtig bestehen, daß in der That jedem dinglichen Rechte die Verpflichtung Aller zur Nichtstörung gegenüber steht und daß es, wenn man diese Verpflichtung Aller streicht, aufhört, ein dingliches Recht zu sein, so daß es den Anschein hat, als ob in der That in jenem Anspruch gegen Jedermann das Wesen des dinglichen Rechts sich erschöpft.

Jene „Anspruchs-Knäuel-Theorie" mag unhandlich sein, aber ihre Unrichtigkeit ist damit nicht dargethan. Soll sie wirksam bekämpft werden, so kann dies nur durch den Hinweis darauf geschehen, daß dieser Anspruch gegen Jedermann nicht die Eigenthümlichkeit des dinglichen Rechts, sondern eines jeden Rechts ist. Jedes Recht muß eben deshalb, weil es ein Recht ist, von allen Rechtsgenossen respektirt oder richtiger, darf von Niemandem gestört werden. Diese allgemeine Nichtstörungspflicht entspringt aus dem Wesen der Rechtsordnung als allgemeine Menschenpflicht gegenüber jedem Rechte.

Man nennt das auch die Absolutheit des Rechts. Es folgt daher aus dem Gesagten, daß jedes Recht absolut ist, weil jedes Recht gegen Alle wirkt in dem Sinne, daß Niemand den Berechtigten in der Ausübung stören darf.

Der Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung oder die Absolutheit ist daher nichts, was dem dinglichen Rechte eigen ist, nichts, was die einzelnen Arten von Rechten von einander trennt, sondern was sie verbindet, und was sie trennt, muß somit etwas anderes sein.

Für jeden Kreis gilt, daß er rings geschlossen ist, aber für die Größe des einzelnen Kreises und für die Art der darin gestatteten Bewegung ist damit nichts gewonnen.

So bedeutet der Satz, daß Niemand den Andern in seinen Beziehungen zu Sachen oder Personen stören darf, nur, daß diese Beziehungen rechtlich geregelt sind, aber für das Wesen und die Eigenart jener Beziehungen ist daraus nichts zu entnehmen.

Das besondere Wesen und die Eigenart der einzelnen Rechte liegt vielmehr in dem Inhalt der Befugnisse oder richtiger: in der Verschiedenheit dieses Inhalts nach Art und Umfang.

Der Inhalt des dinglichen Rechts ist die Befugniß, das Schicksal einer Sache zu bestimmen. Die Dinglichkeit liegt, wie schon

Digitized by Google

der Name sagt, in der Beziehung des Menschen zur Sache, kraft deren er das Schicksal derselben in einer für alle Genossen verbindlichen Weise bestimmen darf. An sich kann solche Beziehung auch durch sittliche oder religiöse Anschauungen gestützt werden, wird sie aber rechtlich anerkannt, dann wird die vielleicht nur sittliche Befugniß zum dinglichen Recht und muß, weil sie ein Recht ist, nicht weil sie ein dingliches Recht ist, von allen Rechtsgenossen geachtet werden: das Recht, das Schicksal der Sache zu bestimmen — die dingliche Befugniß — ist dann für alle Rechtsgenossen verbindlich — ein dingliches Recht.

Die Grundlage des persönlichen Rechts ist eine Beziehung von Person zu Person. Das Bedürfniß zur Herstellung solcher Beziehungen ergiebt sich mit der Entwickelung der Kultur. Die bloße Beziehung des Menschen zur Sache, die bloße Zutheilung von allgemein zu respektirenden Befugnissen über die Dinge der Außenwelt reicht auf die Dauer nicht aus, um die sich steigernden Bedürfnisse der Menschen zu befriedigen. Die Menschen bedürfen noch der Hülfe ihrer Mitmenschen, theils zur Beschaffung von neuen Befriedigungsobjekten, theils zur Leistung von Diensten. Sie decken das Bedürfniß, indem sie solche Hülfe einander versprechen. An sich kann ein solches Versprechen gesichert und geheiligt sein durch Sitte und Religion. Aber indem die Rechtsordnung die so geschaffene Beziehung als rechtliche anerkennt, wird sie rechtliche Beziehung, die vielleicht nur sittliche Pflicht wird zur Rechtspflicht erhoben, die von Allen anerkannt, vom Verpflichteten erfüllt werden muß, außerdem aber von keinem Dritten gestört werden darf.

Naturgemäß kann der Inhalt der persönlichen Verpflichtung nur etwas sein, wozu der Verpflichtete nicht schon durch allgemeine Menschenpflicht verbunden ist, vielleicht dürfen wir kurz sagen: eine besondere Leistung. In dem Recht auf die besondere Leistung, mag sie nun in einem Thun oder im Ablassen von einem Thun bestehen, ist das persönliche Recht enthalten, dem aber gleichzeitig die allgemeine Pflicht aller Rechtsgenossen gegenüber steht, den Berechtigten in der Verwirklichung seines Rechts nicht zu beeinträchtigen. Es ist also auch das persönliche Recht absolut.[3])

[3]) Es ergiebt sich hieraus die Unrichtigkeit der beliebten Antithese, wonach beim dinglichen Rechte alle Menschen, beim persönlichen Rechte nur einer oder

Digitized by Google

Ist dem wirklich so? Sind wirklich auch die persönlichen Rechte absolut? Gewiß, sie sind es, weil sie Rechte sind. Es mag sein, daß diese Seite der Sache, die Absolutheit, beim persönliche Rechte weniger in die Erscheinung tritt, weil nach der Natur des obligatorischen Rechts ein Eingriff Dritter in seine Ausübung seltener möglich ist; und für die römischen Juristen, die lediglich eine Jurisprudenz des täglichen Lebens pflegten, war allem Anscheine nach kein Anlaß vorhanden, diese Seite des persönlichen Rechts in den Kreis ihrer Betrachtung zu ziehen. Aber unsere Verkehrsverhältnisse mit ihren millionenfach potenzirten Rechtskollisionen haben auch Fälle dieser Art gezeitigt, und das Reichsgericht hat sich bereits in mehrfachen Entscheidungen damit zu befassen gehabt (Entscheidungen Band 4 S. 111, Band 12 S. 379). Mit richtigem Takt hat es lediglich die Existenz des obligatorischen Rechts für genügend gehalten, um den Eingriff des Dritten abzuwehren. In verdienstlicher Weise sind in der Fuchs'schen Schrift S. 102 noch mehr solcher offensichtlich der Praxis abgelauschter Fälle beigebracht. In allen diesen Fällen bricht die absolute Natur des obligatorischen Rechts mit elementarer Gewalt hindurch, sie beweisen schlagender und besser, als es alle abstrakten Deduktionen könnten, daß die Verletzung des Gläubigerrechts begrifflich nicht nur vom Schuldner ausgehen kann. Und was enthält der §. 72 C.-P.-O. anders, als den Kampf zwischen zwei Forderungsprätendenten, von denen der nur vermeintlich Berechtigte den wahren Berechtigten an der Realisirung seiner Forderung hindert?

Die Lehre, die alle diese Erscheinungen enthält, stößt man gewaltsam von sich, wenn man angesichts ihrer[4]) einwendet, daß die actio ex mutuo sich nur gegen den Schuldner richtet. Wer wollte das bestreiten? Aber es beweist das nichts anders, als daß die Römer eine Klage zur Abwehr fremder Eingriffe bei den Obligationen nicht kannten, weil sich ihnen das praktische Bedürfniß

eine begrenzte Mehrheit verpflichtet sind. Umgekehrt: das Mehr der Verpflichteten ist auf der Seite des persönlichen Rechts anzutreffen. Denn hier besteht zunächst die Sonderverpflichtung des Schuldners und außerdem die Nichtstörungspflicht Aller, beim dinglichen Recht nur diese letztere generelle Pflicht.

[4]) Vergl. Fuchs S. 102.

Digitized by Google

hierzu nicht erschlossen hatte. Aber ein einziger Fall dieser Art hätte ihnen sicher die Augen geöffnet, und sie würden sicherlich die absolute Seite der Forderungsrechte erkannt und auch hierfür einen Rechtsbehelf gegeben haben.

Schon Reuner in seiner Schrift „Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse" hat betont, daß auch das Forderungsrecht nach außen wirke und hat deshalb die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten geleugnet. Seine Stimme ist verhallt, obwohl, was gegen ihn vorgebracht wurde, nichts weniger als durchschlagend ist.

Windscheid und Thon haben sich gegen ihn gewendet. Der Inhalt ihrer Polemik ist folgender:[5])

> „Das Forderungsrecht figurirt hier nur als Vermögenswerth, und der Dritte wird nicht aus den Normen des obligatorischen Rechts, sondern nur insofern haftbar, als sein Eingriff an und für sich unrechtmäßig, Delikt ist."

Indessen ist zunächst nicht gut abzusehen, was mit Handlungen, die an und für sich unrechtmäßig sind, gemeint ist. Eine Handlung wird dadurch unrechtmäßig, daß sie gegen ein Recht verstößt, wie auch das gleichbedeutende Wort „widerrechtlich" deutlich ergiebt. Insbesondere haben auch die aquilischen Vorschriften lediglich einen Schutz der Privatrechte gegen Verletzungen zum Grunde, nur daß dieser Schutz sich erhöht, weil zu dem objektiven Verstoß die subjektive Verschuldung hinzutritt.

Aber die Hauptsache ist, daß eine Behinderung der Ausübung des obligatorischen Rechts auch ohne Delikt möglich ist. Es beweist nichts, wenn Windscheid hervorhebt, daß die einzigen Quellenstellen, die von einem Eingriff in fremde Obligationen handeln, den Fall aquilischer Verletzung und Entschädigung im Auge haben. Denn begrifflich ist die Verletzung ohne Delikt denkbar, und die oben gedachten Erscheinungen des modernen Verkehrslebens enthalten durchweg Fälle nicht deliktischer Eingriffe, so daß man nicht mit einer bloßen Spekulation, sondern mit Erscheinungen des praktischen Lebens zu rechnen hat. Auch dem §. 72 C.-P.-O. liegt es zwei-

[5]) So ist er wörtlich von Fuchs, der sich ihnen anschließt, zusammengefaßt (S. 73).

Digitized by Google

felsohne fern, nur die Abwehr gegen deliktische Behinderungen zu regeln. Auf Beseitigung der Behinderung haftet hier der Dritte wegen der Existenz des obligatorischen Rechts, also auf Grund der Normen desselben, nicht nach den Grundsätzen des Delikts, da er kein solches begangen hat.

Das Ergebniß dieses Paragraphen ist:

Alle Rechte sind absolut, die Verpflichtung Jedermanns zur Nichtstörung ist das Korrelat eines jeden Rechts.

Der Unterschied der dinglichen und persönlichen Rechte muß daher anderswo liegen, er liegt in der verschiedenen Art des Rechtsinhalts. Dieser ist beim dinglichen Recht die Befugniß, das Schicksal der Sache zu bestimmen, beim Forderungsrecht die Befugniß, von einer andern Person eine besondere Leistung zu verlangen.

Dort eine Beziehung zwischen Person und Sache, hier eine Beziehung von Person zu Person, beide als rechtliche anerkannt, und deshalb von Rechts wegen geschützt gegen Störungen Dritter durch die allen Rechtsgenossen gegenüber jedem Recht obliegende Rechtspflicht der Achtung oder vielmehr Nichtstörung fremder Rechte.

§. 4.

Die Theorie des Entwurfs.

Der Entwurf wollte den herrschenden Dinglichkeitsbegriff aufnehmen und zum Ausgangspunkt seines Sachenrechtssystems machen. Aber wenn die Redaktoren dies wollten, dann hätten sie ihn unversehrt und ungetrübt aufnehmen müssen, nicht ihn behauen dürfen, daß er zu eng wurde und nicht mit ungehörigem Beiwerk vermischen, daß aus einem richtigen Begriff ein unrichtiger wurde.

Behauen, daß er zu eng wurde, haben sie ihn, indem sie den Dinglichkeitsbegriff in der unmittelbaren *realen* Herrschaft über die Sache erblickten. Das soll wohl zunächst heißen: *Recht auf reale Herrschaft*, denn reale Herrschaft ist Besitz. Aber so ist der Begriff nicht richtig, nicht umfassend genug: Denn er paßt nicht für das dingliche Recht an Rechten, paßt nicht für dingliche Rechte an Sachgesammtheiten und dem Inbegriff.

So ist es gekommen, daß der Entwurf zwar die dinglichen Rechte an Rechten beibehielt, aber an dem Versuch, sie zu kon-

Digitized by Google

struiren, verzweifelte; Sachgesammtheiten und Inbegriff aber hat er als Gegenstand dinglicher Rechte abgeschafft.

Das erste ist theoretisch, das letzte praktisch verfehlt. Allein dieser gerechte und unwiderlegliche Einwurf trifft den herrschenden Dinglichkeitsbegriff nicht. Eine rechtliche Herrschaft kann sich auch an Rechten bethätigen; das Recht, das Schicksal einer Sache zu bestimmen, kann sich auch dann bethätigen, wenn die Sache ein Recht oder ein Inbegriff oder eine Gesammtheit ist.

Getrübt und verdunkelt aber haben die Redaktoren den herrschenden Dinglichkeitsbegriff durch den Ausspruch: „daß beim dinglichen Recht das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht gefordert wird" (Motive Bd. III S. 2). Die Redaktoren müssen es sich gefallen lassen, wenn Gierke hierauf spottend erwidert: „Nur zwischen lebendigen Willensträgern, nicht zwischen mir und meinem Spazierstock ist ein Rechtsverhältniß denkbar." (In seiner Kritik des Entwurfs S. 282.)

In Wahrheit wird beim dinglichen Recht so wenig kein Verpflichter erfordert, daß vielmehr die ganze Menschheit verpflichtet ist, den Berechtigten nicht zu stören.

Wollten die Redaktoren einem richtigen Gedanken Ausdruck geben, dann mußten sie sagen: daß das Vorhandensein einer zu einer Sonderleistung verpflichteten Person nicht erforderlich ist, weil ja dem dinglichen Recht gegenüber Niemand zu etwas anderem verpflichtet ist, als was ihm schon die allgemeine Rechtspflicht gebietet, nämlich den Berechtigten in seiner Machtbeziehung zur Sache nicht zu stören.[6])

[6]) Planck (im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 75 Heft 3 S. 388) hat die Position des Entwurfs gegen Gierke insofern glücklich vertheidigt, als er die Definition des dinglichen Rechts als unmittelbaren Herrschaftsrechts einer Person über die Sache von dem Vorwurfe einer „begrifflichen Gewaltthat ungeheuerlichster Art" zu befreien sucht. Hier weist Planck in voller Uebereinstimmung mit unseren im vorigen Paragraphen entwickelten Anschauungen darauf hin, daß in dem Begriff eines solchen Rechts zugleich eine Beziehung zu allen Menschen insofern ausgesprochen liege, als keiner derselben die durch das Recht begründete Herrschaft zu stören und zu verletzen befugt sei, eine Beziehung, die principiell bei jedem Rechte stattfinde und nur bei dem obligatorischen Rechte in den Hintergrund trete, weil hier eine Verletzung durch dritte Personen regelmäßig nicht möglich sei. Aber wenn die Redaktoren diese An-

Digitized by Google

Die hier gerügten Fehler der Dinglichkeitstheorie des Entwurfs sind in der That schwere Fehler. Man kann sie nicht anders bezeichnen. Aber gerade deshalb sind sie in die Augen fallend und ungefährlich. Mit wenigen Strichen ist ihre Korrektur bewirkt und der richtige Dinglichkeitsbegriff wieder hergestellt. Dennoch haben sie eine Reaktion eigener Art hervorgerufen: eine neue Theorie vom Wesen der Dinglichkeit, oder vielmehr eine Theorie, die das Wesen der Dinglichkeit leugnet.

§ 5.

Die Theorie von der absoluten Obligation.[7])

Die Polemik gegen den Ausspruch der Motive, daß beim dinglichen Recht kein Verpflichteter vorhanden ist, hat Fuchs in das entgegengesetzte Extrem geführt. Er meint, daß im Gegentheil jedes Recht sich in Verpflichtungen erschöpfe, wie schon Windscheid angenommen hat, und zwar — und das ist das Neue seiner Theorie — in rein obligatorischen Verpflichtungen, die bald relativ sind, wie bei den jetzt sogenannten Obligationen, bald absolut, wie bei den jetzt sogenannten dinglichen Rechten. Er will mit „kühner Hand" (Neumann bei Gruchot Bd. 33 S. 702) die Unterscheidung zwischen Forderungsrechten und Sachenrechten beseitigen, indem er das System der Vermögensrechte ein System der Ansprüche werden läßt, in welchem die heutigen sogenannten dinglichen Rechte lediglich Ansprüche mit absolutem Charakter sind: die Reallast, das Vorkaufsrecht und die Grundschuld sind danach Ansprüche auf positive Leistungen des Grundstückseigenthümers und seiner Rechtsnachfolger, das Eigenthumsrecht der Anspruch gegen Jedermann auf Ermöglichung des Sachgenusses, die Servitut der Anspruch gegen den

---

schauungen von dem Wesen des subjektiven Rechts getheilt hätten, so hätten sie nicht sagen dürfen, daß beim dinglichen Recht das Vorhandensein eines Verpflichteten nicht erfordert wird. Dann wäre ihnen ferner die oben entwickelte Theorie von der Absolutheit aller Rechte zum Bewußtsein gekommen, und sie hätten nicht die obligatorischen Rechte von dem Schutze gegen Eingriffe Dritter ausgeschlossen, weil sie sie zu den „absoluten Rechten" nicht rechneten (vergl. §. 704 des Entwurfs und Motive II S. 727.)

[7]) Fuchs, das Wesen der Dinglichkeit (S. 37, 58, 60—61, 67, 71 und sonst).

Digitized by Google

Grundstückseigenthümer und seine Rechtsnachfolger auf passives Verhalten. (S. 71). In diesem Sinne faßt er den Kern seiner Lehre in die Worte zusammen: „Dinglichkeit ist Absolutheit." (S. 17.)

Die Theorie ist verfehlt.

1. In dem Sinne, daß Jedermann die negative Pflicht der Nichtstörung hat, ist jedes Recht absolut, also auch das dingliche.

Aber eine absolute Obligation in dem Sinne, daß der Inhalt der Obligation, und sei es auch eine positive Leistung, absolut gefordert werden kann, giebt es im Verkehrsleben nicht. Das wäre eine allen Rechtsgenossen obliegende Steuer. Insbesondere ist die Grundschuld und die Reallast keine absolute Verpflichtung, sondern eine Verpflichtung, die immer nur einem Rechtsgenossen obliegt, bald diesem, bald jenem.

Fragt man nun angesichts dieses handgreiflichen Einwandes, wie es kommt, daß jene Schrift dennoch den Begriff der absoluten Obligation aufstellen und ein kunstvolles System darauf aufbauen konnte, so ist die Antwort folgende:

Sie hat das Wort „absolut" in einem Sinne gebraucht, der ihm nicht zukommt, und in welchem es bisher noch nie, insbesondere auch nicht in dieser Lehre gebraucht ist.

Unter einer absoluten Verpflichtung kann man füglich nichts Anderes verstehen, als eine Verpflichtung, die Allen, ausnahmslos Allen, fast wäre ich versucht zu sagen, absolut Allen obliegt. Das steht so fest, wie das Einmaleins.

So liegt denn die Verpflichtung, die nach unserer Lehre jedes Recht zum absoluten macht, in der That allen Rechtsgenossen ob, ohne jede Ausnahme. Sie alle, auch das Staatsoberhaupt nicht ausgenommen, haben die Verpflichtung, sich des Eingriffs in Privatrechte zu enthalten. Und auch die absoluten Rechte, die man bisher allgemein so nannte, haben ihren Namen daher, daß sie gegen Jeden gehen sollen.

Aber von einer absoluten Verpflichtung des jeweiligen Grundstückseigenthümers zu sprechen, wie die hier bekämpfte Theorie dies thut,[8]) ist ein Widerspruch in sich selbst. Die Verpflichtung ist entweder absolut, d. h. allen Rechtsgenossen obliegend, oder nur

[8]) Fuchs S. 71.

Digitized by Google

eine Verpflichtung des jeweiligen Grundbesitzers. Und wenn die Grundschuld nach jener neuen Lehre eben nur eine Verpflichtung des jeweiligen Grundbesitzers auf Zahlung ist, so ist dies keine absolute Verpflichtung, sondern eine relative Verpflichtung, sie ist eine obligatio in rem scripta, die noch niemals anders eingereiht wurde als unter die relativen Verpflichtungen.

Jene Schrift nennt freilich die obligationes in rem scriptae Rechte mit absoluter Wirksamkeit (S. 33), da sie ja von der Grundanschauung ausgeht, daß absolut jedes Recht ist, welches sich gegen eine unbestimmte Vielheit richtet (S. 14).[9])

2. Die Theorie von der absoluten Obligation begiebt sich aber, indem sie lediglich eine Obligation der Sacheigenthümer gelten läßt, nicht blos mit dem Begriff absolut in einen unlöslichen Konflikt, sondern verkennt auch das Wesen der zu definirenden Rechte.

Denn ihre Begriffsbestimmung berücksichtigt nicht das Verhältniß des Berechtigten zum Eingriffe Dritter und sie glaubt mit Unrecht, dem entrathen zu können, weil in solchem Eingriffe eines völlig Unbetheiligten immer ein Delikt liege, das nach besonderen Grundsätzen geregelt werde (S. 72).

Denn wie schon in anderem Zusammenhange entgegnet ist, auch durch die Vorschriften über die deliktische Haftung sollen nichts Anderes als die Privatrechte geschützt werden, nur intensiver wegen der neben objektivem Eingriffe bestehenden subjektiven Schuld.

Aber selbst abgesehen davon sind auch bei dinglichen Rechten Eingriffe Dritter ohne Delikt denkbar und außerordentlich praktisch. Man denke nur an den Prätendenten eines entgegenstehenden Rechts. Es findet z. B. ein Faustpfandgläubiger die Pfandsache, deren Besitz er ohne seinen Willen verloren hat, bei einem Dritten, dieser will sie nicht herausgeben, weil er in Folge einer verzeihlichen Ver-

[9]) Nicht eine unbestimmte Vielheit, sondern eine ganz bestimmte Vielheit, nämlich die Summe aller einschlagenden Fälle, gehört zum Wesen der Absolutheit. Oder ist etwa eine absolut zuverlässige Uhr eine solche zu nennen, die in einer unbestimmten Vielheit von Fällen richtig zeigt? Ein absolut zuverlässiger Kassenbote ein solcher, der in einer unbestimmten Vielheit von Fällen die anvertrauten Gelder richtig abliefert? Eine absolut wirkende Arznei eine solche, die unbestimmt oft die ihr zugeschriebene Wirkung hat, ein absolut sicheres Geschoß ein solches, das unbestimmt oft das Ziel trifft?

Digitized by Google

wechslung geltend macht, er habe sie lange vor der Verpfändung eigenthümlich erworben. Dem Pfandgläubiger steht zweifelsohne das Recht auf Herausgabe zu. Aber wer sich auf den hier angefochtenen Standpunkt stellt, wird keinen Rechtsgrund für seinen Anspruch anzugeben wissen. Denn der Besitzer der Pfandsache ist weder der Sacheigenthümer, noch sein Rechtsnachfolger, aber er hat auch kein Delikt begangen, denn sein Irrthum ist verzeihlich. Hier versagt Fuchs' ganze Lehre, und das hätte ihm eigentlich zum Bewußtsein kommen müssen. Denn an den Dritten, der in das dingliche Recht eingreift, weil er ein Recht dazu prätendirt, hat er gedacht. Aber er fertigt ihn damit ab, daß er sagt: der Prätendent komme als Rechtsnachfolger in Betracht. Das ist nichts als ein seltsamer Gedankenfehler. Der Dritte, der in das Recht eingreift, weil er fälschlicher Weise hierzu berechtigt zu sein behauptet, wird mit dem zusammengeworfen und identifizirt, der die Sache, welche den Kreis der verpflichteten Person bestimmt, erworben hat und deshalb zur Erfüllung der Obligation verpflichtet ist, wie der Vorbesitzer. Es giebt kaum zwei Dinge, die verschiedener von einander sind. Es sind zwei vollständig inkommensurable Größen.

Wie will er es ferner erklären, daß der Grundschuldgläubiger ein Recht gegen den persönlichen Exekutionsgläubiger auf Freigabe gepfändeter Grundstücksbestandtheile hat, wenn er den Inhalt der Grundschuld für erschöpft hält in der Obligation des Grundbesitzers auf Zahlung von Kapital und Zinsen? Welche andere Auffassung kann solche Erscheinung erklären, als die von der Herrschaft über die Sache, von der Befugniß, das Schicksal einer Sache zu bestimmen?

Auch auf das Eigenthum paßt jene Theorie in keiner Weise. Sie definirt das Eigenthum als den „Anspruch gegen Jedermann auf Ermöglichung des vollen Sachgenusses". Der Anspruch gegen Jedermann! Wie stolz das klingt! So scheint wenigstens beim Eigenthum die Absolutheit in ihrem wirklichen Wortsinne gewahrt.

Aber hat denn der Eigenthümer wirklich den Anspruch gegen Jedermann auf Ermöglichung des Sachgenusses? Dann würde ich ja gegen Jedermann den Anspruch haben, meine verdorbene Uhr

Digitized by Google

zu repariren und meinen von der Brücke herabgefallenen Hut aus dem Wasser zu holen.

Das kann nicht sein und ist nicht so. Also ist es nicht richtig, daß dem Eigenthümer gegenüber Jedermann die Verpflichtung hat, ihm den vollen Sachgenuß zu ermöglichen, vielmehr ist an sich dem Eigenthümer gegenüber Niemand zu etwas verpflichtet, was über die allgemeine Rechtspflicht der Achtung und Nichtstörung fremder Rechte hinausgeht.

Hier ist offensichtlich durch den Herausgabeanspruch des Eigenthümers eine Irreleitung erzeugt worden. In der Schrift „Das Wesen der Dinglichkeit" (S. 16) wird darauf hingewiesen, daß der Herausgabeanspruch des Eigenthümers kein anderer sei, als der Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Herausgabe der gekauften Sache.

Allein an sich hat der Eigenthümer gegen den Besitzer keinen Anspruch auf eine positive Herausgabethätigkeit. Auch der Besitzer ist, wie jeder andere Rechtsgenosse, dem Eigenthümer gegenüber zu nichts Anderem verpflichtet, als den Eigenthümer in seinem Rechte, das Schicksal der Sache zu bestimmen, nicht zu stören. Er genügt dieser Verpflichtung, wenn er es geschehen läßt, daß der Eigenthümer sich die Sache bei ihm holt.

Zu einer positiven Thätigkeit wird er erst dann verpflichtet, wenn er die rein negative Rechtspflicht der Nichtstörung verletzt, wenn er statt die Wegnahme zu dulden, den Eigenthümer hindert, sie sich zu holen, ihm die Sache vorenthält.

Erst durch die Verletzung des dinglichen Rechts entsteht ein persönlicher Anspruch auf Leistung derjenigen positiven Thätigkeit, welche zur Beseitigung des Widerstandes erforderlich ist, ein persönlicher Anspruch, der nicht um seiner selbst willen da ist und keine selbständige Existenz hat, sondern der lediglich im Dienste des dinglichen Rechts steht und an dessen Dasein geknüpft ist. Versiegt seine Quelle, das dingliche Recht, so fällt er selbst fort[10]).

[10]) Kohler in Grünhut's Zeitschrift Bd. 14 S. 10 sagt: „Der Anspruch geht gegen die Person; er ist aber ferne davon, seine dingliche Natur einzubüßen und ein obligatorischer zu werden; er ist nichts desto weniger die direkte Reaktion des dinglichen Rechts, weshalb er auch mit dem Momente erlischt, wo das dingliche Recht erlischt."

Digitized by Google

Nun beruft sich aber die gedachte Schrift[11]) auf die Motive zum Entwurf, welche sagen, daß der Besitzer dem seine Sache fordernden Eigenthümer immerhin doch wenigstens zu einer Erklärung verpflichtet sei.

Aber auch mit dieser Erklärung hat es eine andere Bewandniß.

Der Eigenthümer hat nämlich mit dem Besitze des Besitzers zu rechnen, wie dieser mit dem Eigenthum des Eigenthümers. Zum Schutze der persönlichen Freiheit und des Hausfriedens ist bestimmt, daß der Eigenthümer den Besitzer erst zu fragen habe, ob dieser darein willigt, daß er sich die Sache bei ihm hole. Es liegt darin eine zu Gunsten des Besitzers aufgestellte Beschränkung des Eigenthümers. Das Korrelat dieser Anfragepflicht ist dann freilich die Verpflichtung des Besitzers, eine Erklärung abzugeben. Wer das Recht hat, gefragt zu werden, muß auch die Verpflichtung haben, zu antworten. Aber diese Frage- und Antwortpflicht ist von Besitzeswegen, nicht von Eigenthumswegen im Gesetze vorgeschrieben.

Der Anspruch auf Ermöglichung des Sachgenusses, sofern darin eine positive Thätigkeit erblickt wird, besteht hiernach nicht gegen Jedermann, sondern nur gegen den Verletzer des Eigenthumsrechts, gegen den, der durch seinen Eingriff dem Eigenthümer die Möglichkeit der ungehinderten Herrschaft über die Sache geraubt hat.

Würde man in diesem nur gegen die Verletzer des Rechts gerichteten Anspruche auf Ermöglichung des Sachgenusses das Eigenthum aufgehen lassen, dann würde ein nie verletztes Eigenthum kein Eigenthum sein und nur der stets gestörte Eigenthümer wäre der wahre Eigenthümer.

Welch' himmelweiter Unterschied zwischen dem Anspruche des Eigenthümers auf Herausgabe und dem obligatorischen Anspruche des Käufers auf Herausgabe besteht, zeigt sich deutlich in derjenigen Rechtskonstellation, bei welcher persönliche und dingliche Ansprüche grundsätzlich verschieden behandelt werden: im Konkurse. Bestände zwischen beiden Ansprüchen nur der Unterschied, daß der Eigenthumsanspruch außer gegen diesen Besitzer auch noch gegen jeden anderen gerichtet werden kann, wofern ein anderer besitzt,

[11]) Fuchs S. 35.

Digitized by Google

während in der Richtung gegen den gegenwärtigen Besitzer kein Unterschied vorhanden wäre, läge vielmehr in beiden Fällen ein gleichgearteter obligatorischer Anspruch vor, dann müßte auch der Eigenthümer seinen Herausgabeanspruch zur Eintragung in die Tabelle anmelden und ins Theil gehen.

Denn daß er, wenn ein Anderer der Besitzer wäre, auch gegen diesen einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe hätte, ist doch hierbei gleichgültig. Warum aber geht er nicht ins Theil, sondern verlangt er die Sache selbst unbekümmert um den Stand der Masse, aber auch nur diese, und muß er sich bescheiden, wenn sie nicht vorhanden ist, während die Masse vielleicht volle Befriedigung für die persönlichen Gläubiger gewährt? Warum anders, weil der Eigenthümer ein Recht an der Sache selbst hat; das Recht, das Schicksal der Sache zu bestimmen, der gegenüber seine Rechtsgenossen nur die Rechtspflicht auf Nichtstörung haben, aber nicht als Ausfluß eines obligatorischen Anspruchs auf eine besondere Leistung, sondern als allgemeine Rechtspflicht, die von jedem Rechtsgenossen zu erfüllen ist, also auch vom Konkursverwalter.

§. 6.

Die einzelnen dinglichen Rechte.

Zunächst das Eigenthum.

Nachdem im vorigen Paragrahen die Dinglichkeit des Eigenthums wieder hergestellt ist, ergiebt sich die Frage: welchen Inhalt hat dieses dingliche Recht im Gegensatz zu den andern dinglichen Rechten?

Man hat den Begriff des Eigenthums vielfach in der Totalität der Herrschaft über die Sache gefunden. Das preußische Landrecht hat sich diese Begriffsbestimmung zu eigen gemacht (§. 1 I. 8 A. L.-R.). Und da man die übrigen dinglichen Rechte die begrenzten Rechte an der Sache nennt, so ergiebt sich daraus eigentlich von selbst, daß das Eigenthum das unbegrenzte Recht an der Sache ist.

Dennoch ist die Definition nicht richtig. Denn auch die durch das Eigenthum begründete Herrschaft hat ihre Grenzen. Jede gesetzliche Beschränkung, jedes Recht eines Dritten an der Sache würde, wenn der Begriff des Eigenthums in der Totalität der Herrschaft bestände, diesen Begriff aufheben.

Digitized by Google

Darum hat der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs in durchaus zu billigender Weise den Begriff des Eigenthums dahin bestimmt, daß es das Recht ist, nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen durch Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen (§. 848).

Damit ist in der That der Begriff des Eigenthums einzig richtig definirt. Nicht in der Totalität der Herrschaft, sondern in der Allgemeinheit der dem Eigenthümer zustehenden Befugnisse liegt das Wesen dieses Rechts. Die ganze unerschöpfliche Fülle der Befugnisse, welche die bestehenden Beschränkungen übrig lassen, bildet den Inhalt des Eigenthums. Begrenzt aber ist auch das Eigenthum, begrenzt in dem Sinne, wie es auch der Luftraum ist. Dieser ist begrenzt nach der einen Seite hin durch die Erdfläche, nach der andern Seite aber ist er endlos und ohne Grenze. So ist auch das Eigenthum zwar begrenzt durch gesetzliche Beschränkungen und Rechte Dritter, aber soweit diese nicht reichen, ist der Umfang seiner Macht unerschöpflich und endlos. Im Gegensatz hierzu muß man die übrigen dinglichen Rechte nicht als begrenzte, sondern als umgrenzte bezeichnen, denn sie unterscheiden sich vom Eigenthum darin, daß ihr Inhalt nach allen Seiten hin bestimmt umgrenzt ist.

Will man daher kurz und prägnant das Eigenthum von den übrigen dinglichen Rechten scheiden, so muß man sagen: das Eigenthum ist das allgemeine Herrschaftsrecht über die Sache, die übrigen dinglichen Rechte sind die besonderen Rechte von bestimmtem Inhalt; oder: das Eigenthum ist das durch gesetzliche Beschränkungen oder Rechte Dritter begrenzte, sonst aber schrankenlose Recht an der Sache, die übrigen dinglichen Rechte sind bestimmt umgrenzte Rechte an der Sache.

Wird nun aber, so müssen wir uns selbst einwerfen, unser Satz von der Absolutheit aller Rechte dadurch nicht aufgehoben, daß das Eigenthum durch Rechte Dritter beschränkt werden kann? Wir antworten: nein. Unser Satz von der Absolutheit aller Rechte wird dadurch nicht berührt.

Wohl bricht die Theorie der Gegner von der Absolutheit der Ansprüche als einzigem Merkmal der Dinglichkeit in dem Augenblicke zusammen, wo sie zugeben müssen, daß das Eigenthum beschränkt werden kann durch das Recht des Dritten, gegen welchen „der An-

Digitized by Google

spruch auf Ermöglichung des Sachgenusses" nicht geht. Zwar helfen sie sich damit, daß sie sagen: Nun, dann ist eben das dingliche Recht ein Vermögensrecht mit absolutem oder „doch wenigstens regelmäßig" absolutem Klageschutz.[12])

Allein wie soll das verstanden werden? Eine Begriffsbestimmung darf nicht die regelmäßig, sondern die immer aufzufindenden Erscheinungen eines Gebildes zusammenfassen, nur diese machen das Wesen des definiendum aus. Heißt es doch in jener Schrift[13]) selbst: „daß es der Logik widerstreite, bestimmte Merkmale als für den Begriff wesentlich hinzustellen und dann mit den widersprechenden Fällen sich durch die Charakterisirung derselben als Ausnahme abzufinden."

Soll denn in den Fällen, wo der absolute Klageschutz versagt ist, also in den Ausnahmefällen, kein Eigenthum vorhanden sein? Soll also der Eigenthümer aufhören, Eigenthümer zu sein, weil Jemand die exceptio rei venditae et traditae gegen ihn hat? Oder ist er diesem gegenüber kein Eigenthümer?

Nach unserer Definition dagegen ist das dingliche Recht das Recht, das Schicksal einer Sache zu bestimmen, entweder in allgemeiner Weise — Eigenthum — oder in bestimmt umgrenzter Weise — jura in re aliena —. Die Beschränkungen, die bei den dinglichen Rechten zur Erscheinung kommen, bedeuten, daß das dingliche Recht eben nur in so begrenztem Umfange besteht, aber in diesem Umfange ist es von Jedem zu respektiren und darf von Niemandem gestört werden. Und umgekehrt: soweit es nicht zu respektiren ist, ist es kein Recht.

Hat der Eigenthümer eines Hauses dasselbe vermiethet, dann besteht das Eigenthum nur noch mit der hierdurch erzeugten Beschränkung. Aber in dem so eingeengten Umfange ist es von Jedem zu achten, auch vom Miether. Denn sicher hat dieser die Machtbefugnisse des Eigenthümers, soweit sein Miethsverhältniß nicht reicht, zu respektiren wie jeder andere Rechtsgenosse.

§. 7.
Die Servituten.

Die Servituten sind für die neue Theorie von der absoluten Obligation eine der Hauptstützen ihres Versuches, die dinglichen

[12]) Fuchs S. 37.
[13]) Fuchs S. 33.

Digitized by Google

Rechte in den Obligationen aufgehen zu lassen. Ihr Vertreter weist auf die servitutes in non faciendo hin, bei denen es ihm unmöglich erscheint, von einem Erfassen der Sache durch das Recht zu sprechen. „Bei der servitutus non faciendi wird nie die Sache erfaßt, so wenig wie bei der Obligation des Nachbars auf seinem Klavier nicht zu spielen, das Klavier erfaßt wird. Erfaßt und gebunden wird lediglich der Wille des Sacheigenthümers. Inhalt des Rechts ist lediglich eine Obligation des Grundstückseigenthümers."[14])

Und doch wird bei allen Servituten die Sache erfaßt, freilich nicht bei allen realiter, freilich nicht ohne das Vorhandensein eines Verpflichteten, weshalb der Dinglichkeitsbegriff der Motive versagt. Wohl aber wird sie erfaßt durch das dingliche Servitutenrecht nach unserer Auffassung.

Nach unserer Auffassung giebt die Servitut dem Berechtigten das Recht, in bestimmter, auf den Gebrauch und die Nutzung der Sache gerichteter, durch einen bestimmten Gebrauchszweck umgrenzter Weise, das Schicksal der Sache zu bestimmen.

Dieses Recht, einmal bestellt vom Sacheigenthümer, ist eine unmittelbare Beziehung des Berechtigten zur Sache, die nicht nothwendig verbunden zu sein braucht mit einer thatsächlichen Beziehung, sie ist eine nicht immer mit thatsächlicher Herrschaft verbundene, immer aber durch das unsichtbare, doch unzerreißbare Band der Rechtsordnung festgehaltene rechtliche Herrschaft über die Sache.

Sie ist, einmal bestellt vom Sacheigenthümer, nicht blos von diesem zu respektiren, sondern von Jedermann, Niemand darf sie stören. Sie ist absolut, wie jedes Recht, und geht daher in dieser negativen Richtung gegen Alle und nicht bloß gegen den Sacheigenthümer.

Wie will es der, der in der Servitut lediglich eine Obligation des jeweiligen Grundstückseigenthümers erblickt, erklären, daß der Servitutberechtigte gegen den Dritten klagt, der ein Recht hierzu prätendirt?

Zwar wird auch hierauf bemerkt, ein solcher falle unter die Kategorie der Rechtsnachfolger des Eigenthümers.[15]) In wie hohem

[14]) Fuchs S. 30.
[15]) Fuchs S. 31.

Digitized by Google

Grade abwegig aber diese Bemerkung ist, wurde schon oben angedeutet. Ein Prätendent ist doch kein Rechtsnachfolger!

Und will etwa unser Gegner dem Servitutberechtigten im Konkurse des Grundstückseigenthümers das Recht und die Pflicht zuertheilen, seine obligatio abschätzen zu lassen und als Konkursforderung anzumelden? Oder hat nicht vielmehr der Servitutberechtigte unbekümmert um den Konkurs sein Recht, zu gehen und zu reiten und seine servitus non altius tollendi auch gegenüber dem Konkursverwalter?

Ich kann nicht begreifen, wieso gerade die servitus non faciendi soviel Schmerzen machen konnte und ganz besonders dazu geführt hat, eine bloße Obligation als vorhanden anzunehmen? Warum sollte es keine Ausnutzung des Grundstücks sein, wenn ich ein Recht darauf habe, daß ein Grundstück in einem gewissen Zustande bestehen bleibe? Ich habe dann den Nutzen davon, daß das dienende Grundstück so beschaffen ist und bleibt. Mag es auch die freie Natur sein, die mir Licht und Luft gewährt,[16]) so kann doch die freie Natur diese segensreiche Wirkung nur ausüben, wenn das Grundstück so beschaffen bleibt, wie es ist, und Niemand mich in der nach dieser Richtung mir zustehenden Herrschaft über die Sache stört.

Fragt man aber,[17]) welcher Unterschied zwischen der servitus non faciendi und der obligatorischen Verpflichtung des Zimmernachbars besteht, auf dem Klavier nicht zu spielen, so ist die Antwort: ganz genau der Unterschied, der zwischen dem dinglichen und dem obligatorischen Rechte überhaupt besteht.

Bei der servitus non faciendi habe ich nicht bloß das Recht, vom Sacheigenthümer zu verlangen, daß er das Grundstück nicht verändere, sondern ich habe dieses Recht als Recht an der Sache, als Recht, das Schicksal des Grundstücks in dieser Weise zu bestimmen. Und dieses Recht ist es, das Niemand stören darf, nicht bloß ein persönliches Forderungsrecht zwischen mir und dem Sacheigenthümer.

Bei dem obligatorischen Rechte auf Nichtspielen habe ich nur

[16]) Fuchs S. 27.
[17]) Fuchs S. 39.

Digitized by Google

gegen den Zimmernachbar das Recht auf die besondere Leistung, welche darin liegt, daß er auf seinem eigenen Klavier aus Rücksicht gegen mich nicht spielen soll. Da alle Rechte absolut sind, so darf mich allerdings Niemand in der Geltendmachung dieses Rechts stören, das bedeutet aber nur, daß Niemand mich in der Ausübung meines gegen den Zimmernachbar gerichteten Anspruchs auf Nichtspielen stören darf, ein Rechtseingriff, der selten praktisch werden wird.

Gäbe es Servituten an Mobilien, so stände nichts entgegen, mir das Nichtklavierspielrecht als Recht an der Sache zu bestellen, dann würde ich das Recht haben, das Schicksal der Sache in dieser Weise zu bestimmen, und dieses Recht wäre es, das Jedermann zu achten hätte.

§. 8.

Eigenthum an Rechten?

Durch zahlreiche Erscheinungen lehrt der moderne Rechtsverkehr (vergl. oben §. 3), daß das Gläubigerrecht nicht blos vom Schuldner, sondern von Jedermann verletzt werden kann und gegenüber dem Entwurf, der diese Rechtserscheinungen ignorirt, mehren sich die Stimmen, welche einem absoluten Rechtsbehelf gegenüber diesen absolut möglichen Rechtsverletzungen das Wort reden. (Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf S. 37, Fuchs S. 103.)

Allein um einen solchen absoluten Rechtsbehelf zu schaffen, ist es nicht erforderlich, einen neuen, jeder Konstruktion spottenden Begriff zu etabliren: den Begriff des Eigenthums an Rechten. Denn die Absolutheit des Rechts und die dem Rechte gegenüber bestehende Nichtstörungspflicht Aller ist ein Attribut eines jeden Rechts und jene Verkehrserscheinungen sind nichts als die praktischen Bethätigungen des Satzes von der Absolutheit aller Rechte einschließlich des Forderungsrechts. Das Eigenthum am Rechte ist, wie die Motive richtig sagen, nichts als das Recht selbst. Der Streit zwischen mehreren Forderungsprätendenten, der mit Unrecht ohne Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf die Forderungen für undenkbar erklärt wird,[18]) ist nichts als ein Ausfluß der von uns vertretenen Auffassung von der Absolutheit aller Rechte. Und diese

[18]) Fuchs S. 102.

Digitized by Google

Erkenntniß, der Glaube an die Absolutheit aller Rechte, nicht eine „abergläubische Scheu“ (Gierke S. 47) ist es, die uns wenigstens abhält, dem Nießbrauch an der Forderung das Eigenthum an derselben gegenüber zu stellen.

Von uns wird hiernach im Hinblick auf das künftige Gesetzbuch nicht die Aufstellung des Begriffes „Eigenthum am Rechte“ gefordert, wohl aber, daß der Grundsatz von der Absolutheit aller Rechte anerkannt wird. Indem die Motive der gegenwärtig herrschenden Theorie huldigen und von absoluten Rechten als einer besonderen Klasse von Rechten sprechen (Band II S. 727), andererseits aber den Begriff des Eigenthums an Rechten ablehnen, lassen sie die Forderungsrechte gegen Eingriffe Dritter schutzlos und tragen daher dem fortgeschrittenen Verkehrsbedürfnisse keine Rechnung.

§. 9.

Faustpfand und Hypothek nach geltendem Recht.

Man hat lange Zeit gestritten, ob die Hypothek ein Recht auf Zahlung mit Beschränkung der Haftbarkeit auf das Grundstück (Theorie Sohm's), oder ein Recht auf Zwangsvollstreckung (Theorie Exner's und Unger's) ist.

In meinem Aufsatze „der Tenor im Pfandprozesse“ (bei Gruchot Bd. 27 S. 707) habe ich diesen beiden Theorien gegenüber darauf hingewiesen, daß der Pfandbesitzer nicht die Pflicht, sondern nur das Recht zur Zahlung habe, seine Pflicht bestehe in der Duldung der Pfandveräußerung (dies gegen Sohm), die gerichtliche Pfandveräußerung aber sei nicht ein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern ein Institut des materiellen Rechts, sie bilde den unmittelbaren materiellen Inhalt der dem Verpfänder obliegenden Rechtspflicht, nicht, wie die Exekution, ein Surrogat seiner verweigerten Rechtspflicht (dies gegen Unger und Exner).

Stein (der Urkunden- und Wechselprozeß S. 83 ffg.) erklärt diese meine Theorie für eine „geistreiche Unmöglichkeit“, welche die allgemeine Zustimmung, die sie gefunden, nicht verdiene.

1. Es sei ausgeschlossen, sagt er, daß die durch die Staatsgewalt erfolgende Veräußerung dem Inhalt des privaten Rechts angehören könne.

Digitized by Google

Aber den Beweis hierfür ist er schuldig geblieben. Er muß auch selbst zugeben, daß „das Recht auf den Verkauf Inhalt des Pfandrechts, und zwar privatrechtlicher Inhalt des privaten Rechts“ ist, und wenn man erwägt, wie in anderen Fällen die Ausübung des Pfandrechts mit richterlicher Mitwirkung, aber ohne Klage und Exekution geschieht (Art. 310 H.-G.-B.) und andererseits wieder diese richterliche Mitwirkung durch Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden kann (Art. 311 H.-G.-B.; §. 29 I. 20 A. L.-R.), so wird man sich der Einsicht nicht verschließen können, daß der gerichtliche Verkauf nichts ist, als die in besonderen Formen sich vollziehende Ausübung des privaten Rechts.

2. Es wird uns ferner eingeworfen, das Verwerthungsrecht sei nicht der einzige materielle Inhalt der Hypothek, das Recht auf den Platz sei von uns übersehen.

Allein das Recht auf den Platz ist kein besonderes Recht neben dem Verwerthungsrecht. Der Hypothekengläubiger hat nicht ein Verwerthungsrecht und ein Recht auf den Platz, sondern ein Verwerthungsrecht an diesem Platze, d. h., da der Platz nur die bildliche Veranschaulichung der verschiedenen materiellen Kraft der Pfandrechte ist, ein Verwerthungsrecht, das eingeengt wird durch die vorangehenden und selbst einengt die späteren Hypotheken.

Der Platz der Hypothek ist eine vox media, er bedeutet nicht nur den Vortheil des Vorstehens, sondern auch den Nachtheil des Nachstehens. Wer also von einem Rechte auf den Platz spricht, hat nur die vortheilhafte Seite, also das Recht auf Berücksichtigung vor den späteren Hypotheken, im Auge. Allein dieses Recht ist kein Recht, das zu dem Verwerthungsrechte hinzutritt, sondern ist ein unmittelbarer Ausfluß der Dinglichkeit des Pfandrechts. Da das Pfandrecht eine die ganze Sache ergreifende Herrschaft ist, so kann sich jedes folgende Pfandrecht nur bethätigen unter Wahrung derjenigen Herrschaft, die mit dem früheren Pfandrecht verknüpft ist, und jene Erscheinungen, aus denen Stein das besondere Recht auf den Platz herleitet — daß der Hypothekengläubiger, auch wenn er nicht selbst die Subhastation betreibt oder wenn er auf Grund seines persönlichen Schuldtitels vorgeht, suo loco befriedigt wird — sind nur Ausflüsse des Verwerthungsrechts, welches vermöge seiner

Digitized by Google

dinglichen Kraft und seiner Ergreifung der ganzen Sache sich durch spätere Rechte nicht verdrängen oder einengen läßt.[19])

Neuerdings wird meine Theorie von Fuchs gebilligt. Er schließt sich, was den Inhalt des Pfandrechts betrifft, mir unbedingt an. Auch er führt aus, daß das Pfandrecht zum unmittelbaren materiellen Inhalt das Verwerthungsrecht hat (S. 55). Allein zwischen seinem und meinem Standpunkte besteht der große Unterschied, daß er die Dinglichkeit der Hypothek bestreitet, weil er ja überhaupt in jedem dinglichen Rechte eine Obligation erblickt, das Pfandrecht ist ihm ein obligatorisches Recht auf Verwerthung, Schuldner ist ihm der jeweilige Sacheigenthümer.

Allein das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, das Faustpfandrecht sowohl wie die Hypothek. Der Pfandgläubiger hat das Recht, das Schicksal der Sache in der Weise zu bestimmen, daß sie verwerthet und ein Theil des Erlöses ihm ausgeantwortet werde. Mag auch die römische hypotheca und die heutige Grundstückshypothek keinen Sachbesitz, keine faktische Verfügungsmacht gewähren, die rechtliche Herrschaft des Berechtigten besteht und ist von allen Rechtsgenossen zu respektiren. Alle, nicht blos der Sacheigenthümer, sind verpflichtet, ihn in der Ausübung nicht zu stören, aber auch nicht zu mehr, keiner ist zu einer besonderen Leistung verpflichtet.

Daher kommt es, daß das Pfandrecht durch den Konkurs nicht berührt wird. Denn die allgemeine Rechtspflicht der Nichtstörung gegenüber bestehenden Rechten liegt auch dem Konkursverwalter als allgemeine Menschenpflicht ob. Wäre das Pfandrecht ein obligatorisches Verwerthungsrecht, würde dem Pfandgläubiger lediglich das

[19]) Völlig unzulässig ist, wenn Stein darauf hinweist, daß auch „der Eigenthümer das Pfandrecht haben kann, obwohl ihm, weil er sich nicht selbst ausklagen kann, gerade der einzige materielle Inhalt desselben fehlt, worüber er sich indessen durch die immaterielle Baarauszahlung im Belegungstermine trösten lassen wird". Stein scherzt hier an falscher Stelle. Denn seiner Beweisführung steht das sehr ernste Bedenken entgegen, ob denn die sogenannte Eigenthümer-Hypothek überhaupt ein Pfandrecht ist. Erst wenn es gelungen sein wird, dies zu beweisen, dann kann er auf die Eigenthümer-Hypothek hinweisen und sagen: Seht, hier ist ein Pfandrecht ohne das Recht der Verwerthung. Dieser Beweis wird aber nie geführt werden. Denn er ist unmöglich (vergl. unten §. 12).

Digitized by Google

Recht gegen den Sacheigenthümer auf die Verwerthung als Anspruch auf eine besondere Leistung zustehen, dann würde er im Konkurse des Pfandschuldners seine Forderung abtaxiren lassen und anmelden müssen.

Auch hier, wie beim Eigenthum, leitet die Verneinung des Dinglichkeitsbegriffs ihren Ursprung her von der Vergleichung der römischen Pfandklage auf Herausgabe mit der actio emti, der actio ad exhibendum, restituendum, praestandum.[20]) Indessen auch hier muß darauf hingewiesen werden, daß auch der Begründer des Rechts keine Pflicht zu positiver Leistung hat.[21]) Er erfüllt, indem er die Verwerthung duldet; ist hierzu irgend welche Besitzveränderung erforderlich, dann hat der Pfandberechtigte sie zu bewirken, und nur derjenige Pfandbesitzer, der die Wegnahme zur Verwerthung statt zu dulden, verhindert, hat die Pflicht zu einer positiven Thätigkeit, eine zum dinglichen Recht hinzutretende Obligation auf sich geladen. Auch hier ist die Herausgabepflicht nicht ursprüngliche Rechtspflicht, sondern die Folge der verletzten Rechtspflicht.

Es liegt daher keine Veranlassung vor, zu sagen, daß mit dieser positiven Herausgabeobligation des Verpfänders der letzte begriffliche Gegensatz der römischen dinglichen und obligatorischen Rechte entfallen ist.[22])

§. 10.

Die Grundschuld nach geltendem Recht.

Ist die Grundschuld eine Zahlungspflicht oder ist sie ein Recht auf Verwerthung des Grundstücks und Aneignung des Erlöses? In dieser Alternative liegt der Gegensatz der über die Grundschuld aufgestellten Theorien ausgedrückt.

Aber gerade in der Aufstellung dieser Alternative liegt der Fehler der gemachten Konstruktionsversuche. Denn die Wahrheit liegt in der Verbindung beider Momente.

Ein dingliches Recht auf Verwerthung und Aneignung des Er-

[20]) Fuchs S. 157.

[21]) Die Quellen sprechen von einer vindicatio pignoris und es herrscht kein Zweifel darüber, daß für die Herausgabepflicht des Pfandbesitzers die Grundsätze der rei vindicatio gelten. Vergl. Windscheid Bd. 1 §. 235 Nr. 2.

[22]) Fuchs S. 157.

Digitized by Google

löses ohne alle Beziehung zu einem persönlichen Schuldverhältnisse, wie Bremer[23]) die Grundschuld konstruirt, ist zwar an sich wohl denkbar. Ein solches Recht ist juristisch konstruirbar und ich kann nicht finden, daß Bremer's Theorie zusammenbricht angesichts der Verpflichtung des Gläubigers, die Zahlung der Summe anzunehmen.[24])

Denn auch dann, wenn man die Zahlung des Grundschuldners als beneficium desselben auffaßt, folgt doch als Kehrseite dieser Vergünstigung die Pflicht des Gläubigers, die Zahlung anzunehmen. Nicht blos Demjenigen, der zahlen muß, sondern auch Demjenigen, der zahlen darf, steht ein Annahmeverpflichteter gegenüber. So ist es ja z. B. bei jedem Reurecht.

Man darf auch nicht, wie Foerster (a. a. O. S. 138), sagen, daß, da der Grundstückseigenthümer zahlen muß, weil er sonst das Grundstück verliert, er persönlich zahlungspflichtig ist. Denn darin kann auch eine wirthschaftliche Nothwendigkeit, keine juristische Verbindlichkeit liegen. Wie oft kommt es vor, daß man nach vernünftiger wirthschaftlicher Erwägung sich gezwungen sieht, das eine zu thun, wenn man das andere vermeiden will, ohne daß eine juristische Verpflichtung zu ersterem Thun vorliegt. So muß ja auch ein Hypothekengläubiger, dessen Recht durch eine schwebende Subhastation gefährdet ist, den betreibenden Gläubiger auszahlen, wenn er die Subhastation vermeiden will, und wer wollte hier von einer juristischen Verbindlichkeit sprechen?

Allein so richtig es ist, daß an sich ein abstraktes dingliches Verwerthungsrecht denkbar ist, so richtig ist es andrerseits, daß in der Grundschuld unserer neuen Grundbuchgesetze eine Zahlungspflicht liegt.

Drei Gründe sprechen dafür:

1. Nicht nur dem Volke, sondern auch dem Juristen liegt die Anschauung eines abstrakten Verwerthungsrechts ohne alle Beziehung zu einem Schuldverhältniß durchaus fern. Wer

[23]) Hypothek und Grundschuld S. 63, vergl. auch Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 48.

[24]) Foerster, Grundbuchrecht S. 136, Kühnast, die Grundschuld des Entwurfs S. 5.

Digitized by Google

das Grundstück für seine Zwecke verwerthen, es verkaufen und unter den Hammer bringen will, der muß nach natürlicher Anschauung etwas zu fordern haben. Dem Volksbewußtsein ist das in der Grundschuld liegende Verwerthungsrecht nicht Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zwecke, um den Schuldner zur Erfüllung einer Zahlungsverpflichtung anzuhalten.

2. Die Gesetzesworte stehen der Annahme einer Zahlungspflicht nicht entgegen. Denn hier ist nicht, wie bei der preußischen Hypothek, die Zahlung als beneficium des Schuldners hingestellt und es fällt daher dieses Hinderniß fort, anzunehmen, daß dem Gesetze die Anschauung einer Zahlungs*pflicht* zu Grunde liegt.
3. Es kommt aber als entscheidend hinzu, daß das Moment der Verzinsung für die Anschauung einer Zahlungspflicht zwingend spricht.

Wie anders ist die Verzinsung zu denken, denn als der Gebrauchswerth eines kreditirten Kapitals? Welche sonstige Darstellung wäre hier möglich, als die Pflicht des Schuldners, bis zur Fälligkeit des geschuldeten Kapitals Zinsen zu zahlen?

Bei der Hypothek ist die Zahlungspflicht in der Forderung enthalten, ohne sie würde die Verzinslichkeit hier unerklärt bleiben.

Folgt aus alledem, daß die Grundschuld eine Zahlungspflicht enthält, so gewinnt es den Anschein, als ob wir in das Fahrwasser der Fuchs'schen Lehre hineinsegelten, der ja ebenfalls in der Grundschuld eine Zahlungspflicht erblickt, eine Obligation, die in seinem Sinne absolut ist, d. h. gegen den Grundstückseigenthümer und seine Rechtsnachfolger geht.

Allein wir können dieser Theorie nicht folgen, weil sie unerklärt läßt, wie der Grundschuldgläubiger vom Konkurse des Schuldners nicht tangirt wird. Wäre die Grundschuld eine Obligation, die sich von anderen Obligationen nur dadurch unterschiede, daß hier die Haftung auf das Grundstück beschränkt ist, dann wäre nicht ersichtlich, wie sie, eine Obligation mit beschränkter Haftung, besser gestellt sein soll, als die Obligationen mit unbeschränkter Haftung. Das Gegentheil wäre doch folgerichtiger.

Indessen die Haftung bei den Obligationen und die Haftung

Digitized by Google

bei der Grundschuld ist nicht quantitativ, sondern qualitativ verschieden. Beide Haftungen sind verschiedener Art. Würde bei den Obligationen eine wirkliche Haftung mit dem ganzen Vermögen vorliegen, dann würde das ganze zur Zeit der Begründung der Schuld bestehende Vermögen von der Schuld ergriffen sein und als causa rei würde die Schuld mit den einzelnen Vermögensstücken mitwandern. Davon ist natürlich keine Rede. Wohl aber liegt eine Haftung solcher Art bei der Grundschuld vor.

Das deutet mit zwingender Nothwendigkeit darauf hin, daß auch in der Grundschuld ein dingliches Moment, ein dingliches Recht auf Verwerthung liegt.

Foerster hatte das richtige Gefühl, als er in der Grundschuld bald eine Formalobligation erblickte, bald fand, daß der Werth des Grundstücks zur Sicherung des Gläubigers eingesetzt ist. Nur hat auch Kühnast Recht, wenn er sagt, daß es bei Foerster an der Auseinandersetzung des Konnexes des dinglichen und des obligatorischen Momentes fehlt. (Kühnast a. a. O. S. 14.)

Wie dieser Konnex herzustellen, soll im Folgenden gezeigt werden.

Wer eine Grundschuld bestellt, begründet:

1. gegen sich und alle nachfolgenden Grundstückseigenthümer eine Verpflichtung zur Zahlung einer bestimmten Summe und Verzinsung derselben bis zum Verfalltage, dergestalt aber, daß nur der jeweilige Grundstückseigenthümer zur Zahlung verpflichtet ist;
2. er begründet ferner zur Sicherung für diese Verpflichtung ein dingliches Recht auf Verwerthung desjenigen Grundstücks, dessen jeweiliger Eigenthümer zahlungspflichtig ist.

Mit der Verpflichtung zu 1 ist eine obligatio in rem scripta, mit der Verpflichtung zu 2 ein wahres Pfand begründet.

Der Konnex zwischen beiden aber liegt darin, daß, und das liegt drittens im Inhalte der Grundschuld, die Geltendmachung des Pfandrechts die Folge, aber auch die einzige Folge der Nichterfüllung der Obligation ist.

Vor dieser Konstruktion schwinden die Bedenken, welche gegen die beiden andern Theorien vorgebracht werden.

Sie wird jener natürlichen Anschauung des Volks und der

Digitized by Google

Juristen gerecht, welche sich von dem Gedanken an eine Zahlungspflicht nicht lostrennen kann; die Verzinslichkeit erscheint in ihr als das, als was sie stets erscheint, wo immer sie im Rechtssysteme auftritt, als das Aequivalent für den Gebrauch eines kreditirten Kapitals; die Konstruktion findet sich aber auch ab mit der Erscheinung, daß der Gläubiger im Konkurse ein Absonderungsrecht hat, denn er hat eben im Falle der Nichtzahlung ein dingliches Recht auf Verwerthung; sie läßt ferner die Rangordnung zwischen mehreren Grundschuldgläubigern nicht unerklärt, denn dingliche Rechte schließen, soweit ihre Macht reicht, sich gegenseitig aus, während bloße Forderungen gleichberechtigt nebeneinander bestehen können; sie erklärt endlich, wieso der Grundschuldner, obwohl zahlungspflichtig, doch nicht mit einer persönlichen Klage überzogen werden kann, weil eben als einzige Folge der Nichterfüllung die Ausübung des dinglichen Verwerthungsrechts gegeben ist.

§. 11.

Faustpfand, Hypothek und Grundschuld im Entwurfe.

Der Entwurf hat sich die Anschauung zu eigen gemacht, daß diese drei Rechte dingliche Rechte auf Sachverwerthung sind.

Was zunächst Faustpfand und Hypothek anlangt, so wird das Recht auf Zahlung unzweideutig abgelehnt. (Motive Bd. III Seite 676 und 689, Entwurf §§. 1075, 1079, 1080.) Der Inhalt der Hypothek ist lediglich das Recht auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Entwurf §. 1075). In voller Uebereinstimmung mit meinem bei Gruchot Bd. 27 entwickelten Standpunkte ist auch dem Entwurf das Verwerthungsrecht der unmittelbare materielle Inhalt des Pfandrechts, entsprechend dem Verkaufsrecht der römischen hypotheca. Und daß sich der freihändige Verkauf zur gerichtlichen Veräußerung herausgebildet hat, ist auch dem Entwurf, wie uns, keine Aenderung in der Natur des Rechts, sondern betrifft nur die Art und Weise der Geltendmachung und Verwirklichung desselben. (Man vergleiche die Motive Bd. III zu §. 1062 mit meiner gedachten Abhandlung S. 710.) Dadurch, daß der Verkauf ein behördlicher ist, findet auch der Verfasser des Entwurfs kein Bedenken gegen die Konstruktion des Verkaufsrechts als privater Befugniß. Denn schon Seite 2, wo das Wesen der dinglichen Rechte erörtert wird, führen

Digitized by Google

die Motive für alle dinglichen Rechte gemeinsam, und in offensichtlichem Hinblick auf das Pfandrecht aus, daß „das Wesen der Dinglichkeit in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache liegt, darauf ob diese Macht von dem Berechtigten selbst oder nur in einem von den Organen der Rechtsordnung geleiteten Verfahren ausgeübt werden könnte, sei kein Gewicht zu legen".[25])

Fänden wir Freude an juristischen Konstruktionen um ihrer selbst willen, „konstruirten wir, um zu konstruiren", so würde uns nichts mehr freuen, als diese Bundesgenossenschaft des Entwurfs.

Allein unsere Freude wird getrübt durch die Erwägung, daß ein so konstruirtes Recht zwar dem geltenden Recht entspricht, nicht aber der herrschenden Rechtsanschauung des Volks.

Zwar daß das Faustpfand lediglich ein Einsatz der Sache zur Sicherung für eine Verbindlichkeit ist, und nicht selbst eine Zahlungspflicht für den Besitzer des Pfandes involvirt, ist richtig.

Allein bei der Hypothek hat sich die Vorstellung von einer Verpflichtung des Grundstückseigenthümers zur Bezahlung von Kapital und Zinsen im Rechtsverkehr Bahn gebrochen. „Es wird dem Laienverstande niemals einleuchten, daß der Eigenthümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks nicht verpflichtet sein soll, Kapital und Zinsen zu zahlen." (v. Meibom im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 74 S. 338.) Der Gläubiger will vom Eigenthümer sein Geld, das ist das Alpha und Omega der Hypothek, und der Eigenthümer richtet sich darauf ein, wenn er ein Grundstück mit Hypotheken erwirbt.

---

[25]) Genau nach dieser Grundanschauung ist das Faustpfandrecht im Einzelnen durchgeführt. Der Gläubiger übt seine auf dem rechtsgeschäftlichen Inhalt des Rechts beruhende Verkaufsbefugniß aus, indem er die Sache dem Gerichtsvollzieher übergiebt, Klage und Urtheil sind dazu nicht erforderlich, denn das Verkaufsrecht ist kein Zwangsvollstreckungsrecht. Bei der Hypothek aber fällt der Gesetzgeber aus der Rolle. Die Motive werden hier plötzlich abwegig, wenn sie sagen, „daß der Richter seiner Stellung gemäß die Hypothek nur im geordneten Wege der Zwangsvollstreckung verwirklichen kann". Es durfte indessen in diesem Satze nicht heißen: „in dem geordneten Wege der Zwangsvollstreckung", sondern „auf dem geordneten Wege, auf welchem auch die Zwangsvollstreckung erfolgt". Sonst wird wieder die Vorstellung erzeugt, als sei die Veräußerung des Pfandes ein Akt der Zwangsvollstreckung, also ein Surrogat der verweigerten Rechtspflicht, und diese selbst eine andere.

Digitized by Google

Diese Volksanschauung konnte uns de lege lata allerdings nicht dazu führen, die Gesetze anders auszulegen, als Rechtskonsequenz und Logik dies zulassen. Und bei einem Rechte, wie das preußische, welches die Hypothek genau so wie das Faustpfand behandelt und auch bei ihr die Zahlung als beneficium auffaßt (§. 200 I. 20 A. L.-R.), mußten wir uns sagen, daß der Gesetzgeber unmöglich von der Anschauung einer Zahlungspflicht ausgegangen sei. Denn wie wäre es möglich, daß ein Gesetzgeber es ausspreche, daß der Schuldner das Recht habe, seine Verpflichtung zu erfüllen?

Anders, ganz anders liegt die Sache hier, wo es sich um die Schaffung eines neuen Gesetzbuchs handelt. Da darf die Anschauung des Volks nicht ignorirt werden, da darf nicht unbeachtet bleiben, daß dem Rechtsbewußtsein des Volks das, was bisher in Wahrheit ein Ausfluß wirthschaftlicher Zwangslage war, nämlich die für den Grundstückseigenthümer bestehende Zahlungsnothwendigkeit, als juristische Verbindlichkeit vorschwebt, und wie Planck a. a. O. S. 331 zugiebt, „hat der Gesetzgeber die im Volke lebenden Gedanken aufzufinden und ihnen durch die Gesetzesform nur größere Bestimmtheit zu geben".

Hier de lege ferenda möchten wir uns die Worte Stein's a. a. O. S. 81 aneignen, daß die juristische Logik, wenn sie in der Hypothek etwas anderes sieht, als ein Recht auf Zahlung, die realen Verhältnisse nicht im rechten Lichte sieht.

Freilich muß eine juristische Konstruktion auf dieser Grundlage möglich sein. Diese Möglichkeit aber ist vorhanden in der Darstellung der Hypothek analog der Grundschuld: es verpflichtet der Grundstückseigenthümer zur Zahlung einer aus einem bestimmten erkennbaren Rechtsgrunde von ihm geschuldeten Summe einmal nochmals sich selbst, sodann aber auch alle künftigen Grundstückseigenthümer, jedoch so, daß diese Verpflichtung immer nur dem jeweiligen Grundstückseigenthümer obliegt; gleichzeitig aber bestellt er dem Gläubiger zu seiner Sicherung ein dingliches Verwerthungsrecht am Grundstücke, jedoch so, daß die Ausübung dieses dinglichen Rechts die einzige Folge der Nichterfüllung jener persönlichen Zahlungspflicht ist. Der Unterschied von der Grundschuld besteht dann — und dies entspricht durchaus der wahren Rechtslage — lediglich in dem gleichzeitigen Vorhandensein einer rein persönlichen Obligation mit erkennbarem Schuldgrunde.

Digitized by Google

Daß neben einer rein persönlichen Verbindlichkeit eine Zahlungspflicht anderer Art bestellt wird, ist kein Konstruktionshinderniß. Sind Grundstückseigenthümer und persönlicher Schuldner verschiedene Personen, so ist dadurch eine Korrealverbindlichkeit geschaffen; so lange aber beide identisch sind, ist das Verhältniß ein ähnliches, wie wenn ein Wechsel zahlungshalber gegeben ist: dieselbe Summe wird aus doppeltem Rechtsgrunde geschuldet, es entsteht eine doppelte Zahlungspflicht, aber durchaus nicht die Pflicht zur doppelten Zahlung.

So aber, wie die Hypothek hier juristisch konstruirt wird, denkt sich auch das Volk das Institut. Deshalb ist diese Konstruktion für das Gesetzbuch zu empfehlen.

Die Grundschuld anlangend, so ist nach unserer Auffassung schon nach geltendem Recht diese Konstruktion die einzig richtige, und da sie, wie schon gezeigt, auch der Anschauung des Rechtsverkehrs entspricht, so ist es selbstverständlich, daß sie zur Aufnahme ins Gesetzbuch empfohlen wird.

Die Auffassung des Entwurfs von der Grundschuld ist von solcher Konstruktion weit entfernt. Der Entwurf hat sich jener formalen Theorie Bremer's angeschlossen. Zu zahlen soll der Grundschuldner nur berechtigt sein!

Der schroffe Gegensatz, in den sich hierdurch der Gesetzgeber mit den wirklichen Verhältnissen setzt, bleibt nicht ungestraft. Denn die natürliche Anschauung von der Grundschuld als einer Zahlungspflicht bricht trotz allen Bemühens des Gesetzgebers, sie zu vertuschen und auszumerzen, auf Schritt und Tritt hindurch.

Nach §. 1135 kann die Geldsumme als eine verzinsliche bestimmt werden. Also muß die Geldsumme doch geschuldet sein! Nach §. 1139 ist der Anspruch aus der Grundschuld in Ansehung der Hauptsumme erst nach erfolgter Kündigung fällig. Was heißt das in ungezwungenem Deutsch anders als: wenn der Grundschuldgläubiger die ihm geschuldete Summe haben will, so muß er dies dem Schuldner rechtzeitig anzeigen. Im zweiten Absatz dieses Paragraphen ist sogar bestimmt, wo die Zahlung der Hauptsumme und der Zinsen zu leisten ist. Dabei soll weder Kapital noch Zinsen geschuldet sein! Und nach §. 1140 soll der Grundschuldgläubiger sogar Verzugszinsen verlangen können. Schlägt das nicht dem Faß

Digitized by Google

den Boden aus? Wer anders hat Verzugszinsen zu zahlen, als wer die geschuldete Summe trotz Fälligkeit nicht bezahlt? Der Gesetzgeber dreht und windet sich hier zwar; denn das kann er ja nicht zugeben, daß, wer eine Grundschuld bestellt hat, ein Schuldner ist. Er sagt: der Grundschuldgläubiger könne Verzugszinsen verlangen, „wenn gegenüber dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde". Wie soll das aber verstanden werden? Wenn der Grundschuldner die Summe zu zahlen nicht verpflichtet ist, so können eben diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Wenn er blos verpflichtet ist, die Versteigerung über sich ergehen zu lassen, so ist er ja normaler Weise garnicht in der Lage, sich mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge zu befinden. Denn die Zwangsversteigerung betreibt der Gläubiger ohne sein Zuthun und er erfüllt seine Verpflichtung, wenn er Alles über sich ergehen läßt.

Man sieht: die Künstlichkeit der Konstruktion, die sich von der natürlichen Anschauung und dem im Volke lebenden Rechtsgedanken abwendet, statt ihn aufzusuchen und zu verewigen, führt den Gesetzgeber nicht zum erwünschten Ziele. Hier bei der Bestimmung der Verzugszinsen kommt die Konstruktionskunst des Entwurfs vollends zu Falle.

Das bürgerliche Gesetzbuch wird nicht umhin können, diese Grundschuldkonstruktion über Bord zu werfen und eine solche zu wählen, bei welcher das Recht auf Zahlung seine Stätte findet. Die unsrige wird allen Erfordernissen gerecht: sie berücksichtigt das Recht auf Zahlung und verkennt nicht das dingliche Element, sondern verbindet beide organisch.

Dabei verfällt sie nicht in den Fehler jener Theorie, die in der Hypothek und der Grundschuld eine „dingliche Schuld" erblickt. — Bähr und Gierke —.[26]) Zwei verschiedene Dinge können wohl mit einander verbunden werden, aber es kann nie der eine die Eigen-

[26]) Diese Theorie erblickt in der Hypothek und Grundschuld, wie Gierke sagt, „ein einheitliches Schuldverhältniß, durch welches gleichzeitig ein Schuldner verstrickt und ein Grundvermögen in besonderer Weise ergriffen wird", oder, wie Bähr sagt, eine Schuld, mit welcher das Grundstück belastet wird, so daß der Schuldner nur mit dem Werthe des Pfandes haftet. Gierke S. 370, Bähr, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 S. 150 flg.

Digitized by Google

schaft des andern werden. Man kann wohl Kupfer und Eisen mit einander verbinden und mag diese Masse Eisenkupfer oder Kupfereisen nennen, aber kupfernes Eisen ist es damit nicht geworden. So kann man wohl dingliches Recht und Obligation mit einander verbinden, wie wir es gethan, aber eine dingliche Schuld wird es so lange nicht geben, als dingliches Recht und Obligation zwei verschiedene Begriffe sind.

Einen Begriff in dem andern aufgehen lassen, heißt beide zerstören. Die „dingliche Schuld" ist keine Forderung: woher käme sonst die Herrschaft über das Grundstück, das von Jedermann zu respektirende Verwerthungsrecht, das sich auch im Konkurse geltend macht? Denn aus der Beschränkung der Haftbarkeit auf das Grundstück kann sich das nicht ergeben, wie schon oben betont ist. Die dingliche Schuld ist aber auch kein dingliches Recht: woher käme sonst das Recht auf Zahlung, da doch dingliche Rechte nicht positive Leistungen zum Gegenstande haben können, sondern lediglich Sachherrschaftsrechte sind?

Im Gegensatze hierzu wird unsere Auffassung beiden Begriffen gerecht, indem sie beide verbindet, aber in dieser Verbindung beide bestehen läßt.

§. 12.

Die Eigenthümer-Hypothek und Eigenthümer-Grundschuld.

Wie auch immer die Hypothek konstruirt werden möge, die Eigenthümer-Hypothek spottet jeder Subsumption unter den Gattungsbegriff. Denn es giebt weder eine Zahlungspflicht gegen sich selbst, noch ein Sachverwerthungsrecht gegen sich selbst, jene hat eine fremde Person, dieses eine fremde Sache zur begrifflichen Voraussetzung. Wohl kann die Macht des Gesetzes die Konsequenz des Rechts brechen und soll es thun, wo immer die praktische Nothwendigkeit es erfordert. Aber eine Grenze kann und darf auch der Gesetzgeber nicht übertreten; das ist die Grenze, die die Logik setzt. Der Gesetzgeber kann nichts logisch Unmögliches anordnen.

Von diesem Gesichtspunkte aus habe ich schon an anderer Stelle (in meiner Abhandlung: „die Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschuld" in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 407 ff.) ausgeführt:

Digitized by Google

1. daß die Eigenthümerhypothek ein juristischer Nonsens sei, weil sie mit dem Begriffe der Hypothek in unversöhnlichem Widerspruche stehe (sub I der gedachten Abhandlung), daß sie ein Widerspruch in sich selbst sei, ein jus in re aliena, haftend an der eigenen Sache!
2. ferner (sub II), daß es nicht zutreffend sei, wenn die Motive zum Entwurf trotz der Begriffswidrigkeit des Instituts seine Unentbehrlichkeit behaupten, weil man angeblich auf andere Weise das Vorrücken der Nachhypotheken beim Löschen einer Post nicht verhindern könne, während dies wirthschaftlich wünschenswerth sei. Ich habe dem gegenüber darauf hingewiesen, daß das dieser Anschauung zu Grunde liegende Dogma von der Naturnothwendigkeit des Vorrückens nicht richtig sei, daß der Gesetzgeber es vielmehr in der Hand habe, durch eine positive Vorschrift zu bestimmen, daß jenes Vorrücken nicht stattfinde. Beim Bestehen einer solchen Gesetzesvorschrift würden die Nachhypotheken den Inhalt haben, daß sie nur einen Anspruch auf den Erlösantheil gewähren, der durch die Vorhypotheken nicht konsumirt wird. Die Nachhypotheken werden dann nicht vorrücken, sondern die Stelle der gelöschten Hypothek wird offen und für neue Belastungen frei bleiben.
3. Dadurch würde (vergleiche sub III jener Abhandlung) der Zweck der Eigenthümerhypothek ohne dieses begriffswidrige Institut erreicht. Die freien Stellen seien ein klarer und begriffsmäßiger Ersatz der Eigenthümerhypothek.

Meinen Ausführungen ist lebhaft widersprochen worden. Zunächst von Krech.[27]) Er giebt zwar zu, daß unsere Anschauung von dem Inhalte der Nachhypotheken richtig sei und mit dem Wesen der Hypothek, insbesondere mit dem Grundsatze, daß die Hypothek das ganze Grundstück ergreife, harmonire. Allein er erachtet einmal die Hypothek nicht für begriffswidrig und daher nicht für ersatzbedürftig, und er erblickt zweitens in dem Institut der freien Stellen keinen vollen Ersatz für sie.

[27]) Krech, die Rechte an Grundstücken, S. 135 ffg.

Digitized by Google

Die hier gemachten Zugeständnisse sind außerordentlich werthvoll, aber die erhobenen Einwendungen überzeugen nicht. Krech meint, daß die Eigenthümerhypothek sich in der Abwehr gegen andere Realberechtigte wohl bethätigen könne. Denn wenn der Eigenthümer das Vorhandensein dieser Berechtigungen anerkenne und nur behaupte, daß dieselben seinem besseren Rechte weichen müßten, so bedürfe es nicht des Aufgebots seiner ganzen Macht, wenn schon ein Theil derselben genüge. Aus diesem Grunde könne die juristische Unmöglichkeit, dem Eigenthümer zu gestatten, sich Dritten gegenüber nur als den Servitutberechtigten, Pfandgläubiger u. s. w. gegenüberzustellen, nicht zugegeben werden.

Allein es kann Niemand Dritten gegenüber als Servitutberechtigter, Pfandgläubiger gegenübertreten, der es nicht überhaupt ist. Und eine Servitut, ein Pfandrecht an eigener Sache ist eben nicht möglich. Pfandrecht und Eigenthum verhalten sich auch nicht, wie ein Theil der Macht zur ganzen Macht. Nicht als Theil und Ganzes, sondern als zwei in ihrem Grundwesen verschiedene Rechte stehen sich Pfandrecht und Eigenthum gegenüber. Denn das Pfandrecht kann sich begrifflich nur an fremder Sache bethätigen, wie das Forderungsrecht begrifflich nur gegen eine fremde Person zustehen kann. Das Eigenthum ist aber keine Totalmacht, die sich aus der Addition der einzelnen begrenzten Rechte zusammensetzt, auch nicht eine höhere Macht als sie, sondern eine Macht begrifflich anderer Art, die nicht nothwendig den Inhalt aller übrigen dinglichen Rechte in sich vereinigen, ja gegebenen Falls nicht einmal den Inhalt eines einzigen jus in re aliena in sich zu enthalten braucht. Man denke an einen Gegenstand, an welchem ein Nießbrauch und ein Pfandrecht für einen Dritten bestellt ist.

Die Begriffswidrigkeit der Eigenthümerhypothek ist hiernach nicht beseitigt, und da die Begriffsmäßigkeit der freien Stellen nach unserer Konstruktion zugegeben wird, so verdient die letztere den Vorzug.

Denn der Einwurf, daß das System der freien Stellen praktisch nicht dasselbe leisten könne wie die Eigenthümerhypothek, muß entschieden abgelehnt werden. Daß ich in dieser Beziehung die Bedenken der Motive ausreichend widerlegt habe, nimmt Krech dem Anscheine nach an. Er giebt aber seinerseits zu bedenken, daß das

Digitized by Google

System der freien Stellen bei Korrealhypotheken nicht zu gerechten praktischen Ergebnissen führe. Denn es erheische sowohl das Interesse der Eigenthümer der mitverhafteten Grundstücke, als auch das der nachstehenden Hypothekengläubiger, daß durch die Zwangsbefriedigung aus einem Grundstücke auch die andern Grundstücke befreit werden, wie dies gegenwärtig Rechtens sei. Allein wenn sich ein solcher Rechtszustand wirklich gesetzgeberisch empfiehlt, so ist er durch eine positive Vorschrift zu erreichen. Ein Grund zur Verwerfung des Systems der freien Stellen ist dadurch nicht gegeben.

Eine weitere Anfechtung meiner Ausführungen enthält das Levy'sche Gutachten für den Juristentag.[28]) Auch hier wird erklärt, daß die theoretische Konstruktion der Eigenthümerhypothek keine unüberwindlichen Schwierigkeiten biete und meine praktischen Vorschläge zum Ersatz der Eigenthümerhypothek werden für nicht geeignet erachtet.

In theoretischer Beziehung macht Levy geltend, daß

1. die Uebertragung der Eigenthümerhypothek nichts sei als die Wiedererweckung des schon früher bestandenen Realrechts, welches in der Hand des Eigenthümers geschlummert habe,
2. bis zur Uebertragung die Eigenthümerhypothek eine von dem Gesetze zugelassene theilweise Mobilisirung des Grundeigenthums sei.

Indessen das sind Bilder und Gleichnisse, keine juristischen Begriffsbestimmungen. Auf diesem Wege ist das Problem nicht zu lösen.

Es ist bisher noch nicht ergründet, was man sich unter einem schlummernden Recht denken soll, einen solchen Rechtszustand giebt es nicht. Ein Recht ist oder ist nicht, tertium non datur. Ein schlummerndes Recht ist kein Begriff, sondern ist das Wort, das sich für den fehlenden Begriff rechtzeitig eingestellt hat.[29])

---

[28]) Justizrath M. Levy, Berlin, Gutachten über die Frage: „Sind die im Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehenen Arten des Pfandrechts an Grundstücken einschließlich der Grundschuld beizubehalten?" Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages Bd. 3 S. 270 ff.

[29]) Ich hatte außerdem die Eigenthümer-Hypothek eine crux der gerichtlichen Praxis benannt. Auch hiergegen vertheidigt Levy seinen Schützling. Er hält mir entgegen, daß er in seiner Praxis Wahrnehmungen nicht gemacht

Digitized by Google

Dasselbe gilt von der Konstruktion zu 2. Wer die Eigenthümerhypothek mit einer Mobilisirung des Grundeigenthums erklärt, der ist auf dem besten Wege, eine Unmöglichkeit an die Stelle der anderen zu setzen. Ein mobilisirtes Grundeigenthum ist gerade so ein Widerspruch in sich selbst, wie das Recht an fremder Sache, haftend am eigenen Grundstück.

Die in gedachten Gutachten erhobenen praktischen Bedenken aber erschöpfen sich in den Unzuträglichkeiten, die es angeblich mit sich bringen würde, wenn man, meinem Vorschlage zufolge, bei jeder Löschung kenntlich machen müßte, ob die Wiedereintragung möglich ist oder nicht. Ich kann hierin eine praktische Schwierigkeit nicht finden, und am allerwenigsten kann derjenige, der, wie der Verfasser jenes Gutachtens, in Uebereinstimmung mit dem Entwurf vier neue Grundbuchpfandarten einführen will, neben welchen die früheren Belastungen zunächst bestehen bleiben, es als übergroße Umständlichkeit hinstellen, daß in einzelnen Fällen — denn immerhin werden sie die Ausnahme bilden — der Löschungsvermerk nicht das eine Wort „gelöscht" sondern zwei Worte enthalten wird: „vorbehaltlos gelöscht." Ich kann mich nicht überzeugen, daß „dies den Hypothekenverkehr unpraktikabel machen und den Realkredit schwächen würde."

Mit Genugthuung dagegen hat es uns erfüllt, daß auch dieses Gutachten uns darin zustimmt, daß das Vorrücken nicht auf Naturnothwendigkeit beruhe, so daß dem Institut der freien Stellen kein begriffliches Hinderniß im Wege steht.

Denn von anderer Seite ist gerade dieser Punkt angezweifelt worden. Was unsere ersten beiden Gegner zugeben, bestreitet Arnheim[30]) entschieden. Er will umgekehrt die Eigenthümerhypothek nicht vertheidigen, aber er will auch unsere freien Stellen nicht gelten

---

habe, welche jene Bezeichnung rechtfertigten. Allein ein Mann von der Erfahrung Bähr's urtheilt ebenso wie ich. Er sagt im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 S. 168: „Bekanntlich bildet diese — die Eigenthümer-Hypothek — ein sehr schwieriges Rechtsinstitut, und wenn man die Entscheidungen unserer Gerichte darüber liest, so findet man, daß sie zu dem unerquicklichsten gehören, was die Jurisprudenz liefert".

[30]) Rechtsanwalt Arnheim, Königsberg, „die Eigenthümer-Hypothek" in den Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 12 S. 1089 ffg.

Digitized by Google

lassen, weil sie 1. dem Begriff der Hypothek, 2. der Meinung der Parteien und 3. den Grundsätzen von der Pfandhaftung des ganzen Grundstücks widersprächen.

1. Die freien Stellen widersprächen dem Begriffe der Hypothek. Das Vorrücken wäre danach in der That eine Naturnothwendigkeit. Denn — so führt er aus, — „durch die Eintragung der Hypothek erlangen die Hypothekengläubiger dem Eigenthümer gegenüber völlig gleiche Rechte an seinem Grundstück." Gewiß, ist unsere Antwort, nach jetzigem Recht. Aber das würde eben anders werden, wenn die von uns vorgeschlagene positive Vorschrift erlassen würde, daß dem Gläubiger immer nur ein bestimmter Theil des Erlöses zufällt.
2. Das Vorrücken entspreche auch der Meinung der Parteien bei Bestellung von Hypotheken. Allein wenn dies auch nach jetzigem Recht bis zu einem gewissen Grade richtig ist,[31]) so wird auch dies durch jene positive Vorschrift anders werden. Oder beruht es etwa auf einem unbezwingischen Naturgesetz, daß die Parteien dies und nichts anderes meinen können?
3. Der Grundsatz, daß das ganze Grundstück für das Pfand haftet, werde durch Zulassung einer freien Stelle verletzt. Denn „eine solche theilweise Belastung lasse sich nur bei reeller Theilung des Grundstücks oder bei einer gedachten Theilung des Werths vorstellen." Indessen der Grundsatz von der Pfandhaftung des ganzen Grundstücks bedeutet doch nichts Anderes, als daß für den Inhalt der Verpfändungserklärung das ganze Grundstück mit allen seinen

[31]) Nur bis zu einem gewissen, aber sehr geringen Grade. Denn im Großen und Ganzen rechnet der Beleiher des Grundstücks mit der Stelle, welche die Hypothek hat, und läßt die Eventualität der Löschung von Vorstellen außer Betracht. Diese ist zwar möglich, aber doch außerordentlich selten. Denn wo ist der Eigenthümer, der ohne besondere Verpflichtung blos zum Vergnügen der späteren Hypothekengläubiger eine bezahlte Vorstelle löschen läßt, statt sie in der Eigenthümerhypothek für sich zu reserviren? Freilich giebt es auch solche Käuze, aber auf sie hin giebt der Beleiher keinen Heller mehr auf das Grundstück.

Digitized by Google

Theilen, mit allem Zubehör und allen An- und Zuwüchsen haftet. Es ist nicht einzusehen, warum eine solche totale Haftung des Grundstücks nicht auch dann soll stattfinden können, wenn die Erklärung, für welche gehaftet wird, den Inhalt hat, den wir ihr geben wollen: daß nicht ein mehr oder weniger ungewisser, sondern ein bestimmter Theil des Erlöses dem Hypothekengläubiger zufällt. Warum sollte für eine Verpfändungserklärung dieses präzisirten Inhalts lediglich ein reeller oder ideeller Theil des Grundstücks haften können?[32])

So erachten wir die Eigenthümerhypothek nicht für gerettet und die Angriffe gegen unsere Vorschläge für verfehlt, und wir fahren fort für Abschaffung des im Entwurfe vorgeschlagenen Instituts der Eigenthümerhypothek zu plädiren. Mit ihm wird auch die Eigenthümergrundschuld zu Grabe zu tragen sein; denn auch sie ist begriffswidrig, ja wohl noch mehr als ihre Schwester. Denn daß eine Zahlungspflicht gegen sich selbst nicht möglich ist, darüber kann kein Zweifel obwalten.

§. 13.

Das Dinglichkeitsprinzip in seinen sonstigen Anwendungen.

Die gegen den Dinglichkeitsbegriff des Entwurfs erhobenen Vorwürfe lassen, wie oben gezeigt, den richtigen Dinglichkeitsbegriff unberührt. Faßt man das Wesen der Dinglichkeit in der rechtlichen Herrschaft über die Sache, in dem Rechte, das Schicksal

[32]) Auch die übrigen Ausführungen Arnheim's erachte ich für unzutreffend. Gegen jede einzelne mich zu wenden fehlt aber hier der Raum. Doch das eine möchte ich nicht unerwidert lassen. Ich hatte gesagt: daß durch die Nummern im Grundbuche nur die verschiedene materielle Kraft der Hypotheken veranschaulicht werden solle. Arnheim wendet dagegen ein, daß die Hypotheken eine verschiedene materielle Kraft nicht hätten. Allein wie will Arnheim sonst jene Verschiedenheit nennen, die sich ausdrückt in dem Spruche: Prior tempore, potior jure? Ist das keine verschiedene materielle Kraft? Freilich keine qualitative Verschiedenheit, denn allen gemeinsam ist das Verwerthungsrecht, weil es im Begriffe liegt, aber doch eine quantitative Verschiedenheit, die sich bei der Ausübung in der Rücksicht auf die Vorhypotheken geltend macht.

Digitized by Google

einer Sache zu bestimmen, auf, so sind dingliche Rechte nicht nur an körperlichen Sachen, sondern auch an Rechten, nicht nur an einzelnen Sachen, sondern auch an Sachgesammtheiten und am Inbegriff möglich. Dann braucht man nicht, wie die Motive des Entwurfs, sobald sie an das Pfandrecht an Rechten gelangen, die juristische Konstruktion dieses Rechts verzweiflungsvoll der Wissenschaft zu überlassen, braucht endlich nicht eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten zu etabliren und so „Grenzen zu schaffen, in die der träge Fluß des römischen Verkehrs, nicht aber der mächtigere Strom des deutschen Verkehrs sich eindämmen läßt." (Fuchs S. 75).

Zu allen diesen Konsequenzen, welche in Fuchs den radikalen Gedanken des Nichtvorhandenseins eines besonderen Dinglichkeitsbegriffs erzeugt haben, führt der richtige Dinglichkeitsbegriff nicht. Wie dieser beim Eigenthum, bei der Hypothek, bei der Grundschuld zur Geltung kommt und seine Stätte findet, ist gezeigt.

Auch die Reallast, der alte Spielball theoretischer Konstruktionen, ist mit Hilfe unseres Dinglichkeitsbegriffs leicht konstruirbar. Nur darf man nicht davon ausgehen, daß die Dinglichkeit, wo sie auftritt, Alleinherrscherin ist. Warum soll es nicht im Rechtssystem verschlungene Gebilde geben? Warum soll hier alles einfach liegen und nicht vielmehr manches in der engen Verknüpfung mehrfacher Elemente bestehen, da doch alle sonstigen Erscheinungen in der Welt und im Leben das Gepräge der Verschlungenheit und Kompliziertheit tragen?

Zwangslos konstruirt sich die Reallast im engen Anschluß an die Grundschuld dahin: es ist ein persönlicher Anspruch auf periodische positive Leistungen an den jeweiligen Grundstückseigenthümer, und außerdem ein dingliches Herrschaftsrecht auf Verwerthung des Grundstücks, jedoch beide nicht nebeneinander bestehend, sondern derart mit einander verknüpft und verbunden, daß das dingliche Recht die Folge und zwar die einzige Folge der Nichterfüllung des persönlichen Anspruchs ist, und demgemäß die Nichterfüllung der persönlichen Verpflichtung die Bedingung der Ausübung des dinglichen Verwerthungsrechts.

Um auf das dingliche Vorkaufsrecht überzugehen, so besteht hier die Dinglichkeit darin, daß das Grundstück, auf dessen Ueberlassung

Digitized by Google

der Berechtigte unter gewissen Voraussetzungen einen persönlichen Anspruch hat, dem Zwecke dieses Anspruchs unentziehbar gewidmet ist. Beim eingetragenen Vorkaufsrecht hat der Berechtigte nicht mehr blos von dem Grundstückseigenthümer das Grundstück unter gewissen Voraussetzungen zu fordern, sondern das Recht, objektiv das Schicksal des Grundstücks dahin zu bestimmen, daß es den Zwecken seines Ueberlassungsanspruchs nicht mehr entzogen werden kann. Dieses objektive Schicksalbestimmungsrecht ist es, das dann Jeder zu respektiren hat und Niemand verletzen darf. Die diesem Rechte gegenüberstehende Verpflichtung der Rechtsgenossen besteht in der Fernhaltung von dem Erwerbe des belasteten Grundstücks. Mit dem Erwerbe des belasteten Grundstücks unbeachtet des eingetragenen Vorkaufsrechts wird in dieses eingegriffen und entsteht die Verpflichtung zur Rückgängigmachung des verletzenden Eingriffs.

Wer, wie Fuchs, auch beim eingetragenen Vorkaufsrecht eine rein obligatorische Verpflichtung des jeweiligen Grundstückseigenthümers annimmt, läßt unerklärt, warum sich auch im Konkurse das Recht auf das Grundstück selbst erstreckt und nicht blos wie alle obligatorischen Ansprüche in einer Forderung auf den Taxwerth aufgeht.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Vormerkung zur Erhaltung obligatorischer Rechte auf Eintragung. Der Entwurf hat sie verpönt, die Motive nennen sie ein anomales Institut. Die Furcht vor der „Verdinglichung der Obligationen" ist auch hier die Triebfeder solcher Maßregeln und Erwägungen. Aber sie ist unbegründet. Denn, wer jener Vormerkung das Wort spricht, will durchaus nicht die Obligation verdinglichen, denn dies ist gerade so unmöglich, wie die Obligatorisirung des dinglichen Rechts, wie sie von Fuchs versucht wird. Allein so wahr es ist, daß Obligation und dingliches Recht verschiedene Dinge sind, so wahr ist es doch andererseits, daß einer Verbindung beider Elemente nichts entgegensteht. Und nur dies geschieht mit jener Vormerkung. Durch sie wird der Erfolg erzielt, daß beim Vorhandensein eines persönlichen Anspruchs auf Eintragung eines Rechts das Grundstück dem Zwecke dieses Anspruchs objektiv unentziehbar gewidmet wird. Darin liegt die Dinglichkeit, darin die objektive rechtliche Herrschaft über die Sache, daß das Grundstück diesem Schicksal nicht mehr entzogen werden kann.

Digitized by Google

Die Servituten endlich, um diesen noch ein Wort zu widmen, hören nicht auf, das Prototyp des umgrenzten dinglichen Herrschaftsrechts zu sein, weil eine von ihnen mit einer positiven Leistungspflicht verbunden ist, nämlich die servitus oneris ferendi. Hier liegt eben eine Ausnahme vor, nicht vom Begriff, denn dieser leidet keine, sondern eine Ausnahme insofern, als die Servituten im Allgemeinen reine dingliche Rechte sind, während hier eine Verbindung eines dinglichen Rechtes mit einer obligatio in rem scipta vorliegt. Eine Ausnahme dieser Art kann in keiner Weise beirren, mit dem Begriffe hat sie nichts zu thun, und daß sie im Rechtsleben vorkommt, kann nur dem auffallen, der da glaubt, der Verkehr richte sich nach theoretischen Schablonen.

So läßt der Dinglichkeitsbegriff bei keinem Institute im Stich. Auf seinem Fundamente kann nicht blos ein Gebäude ruhen, welches für eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten eine Heimstätte bietet, sondern ein Gebäude mit ungezählten dinglichen Rechten. Denn es steht nach dem richtigen Dinglichkeitsbegriff nichts entgegen, daß ganz in derselben Weise, wie es der Gesetzgeber des preußischen Rechts gethan, der Dinglichkeitsbegriff generalisirt wird. Es ist in der That[33]) eine geniale Versöhnung römischer Rechtsbegriffe mit deutsch-nationalen Lebensbedürfnissen, wenn das preußische Landrecht nicht ängstlich festhält an dem im römischen Recht vorgefundenen numerus clausus der dinglichen Rechte, der jenen Verhältnissen genügt haben mag, sondern jedes Recht für dinglich erklärt, das sich durch Besitz oder Eintragung erkennbar gemacht hat (§§. 2 und 3 I. 21 A. L.-R.).

Von der lichten Höhe dieses umfassenden Standpunktes würde uns der Entwurf jählings hinabstürzen. Den großen Fortschritt, den das preußische Landrecht im Sachenrecht gemacht hat, würde er mit rauher Hand beseitigen. Und alles das, weil das alte römische Recht nur eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten kannte! Daß er damit wirthschaftlichen Zuständen, die den Abschluß der Entwicklung von Jahrtausenden bilden, nicht entspricht, ist sicher.

Nur so war es möglich, daß er den inzwischen so allgemein verurtheilten Satz „Kauf bricht Miethe" aufnahm. Man wollte

[33]) Fuchs S. 162.

Digitized by Google

nicht ein „neues" dingliches Recht schaffen (Motive II S. 385) und konnte dem Vorbilde des preußischen Rechts nicht folgen, weil das „eigenthümliche" Prinzip, daß das Recht zur Sache durch Erwerb des Besitzes ein dingliches Recht werde, nicht anerkannt werden konnte (ebenda S. 384).

Warum das Prinzip eigenthümlich sein soll, ist nicht zu begreifen. Daß aus obligatorischer Quelle dingliche Rechte entspringen, und daß beide Elemente sich zu einander gesellen können, kann nur der eigenthümlich finden, dessen Ideal die Einfachheit ist. Dem Rechtsverkehr ist dieses Ideal fremd, und der Gesetzgeber muß auch komplizirten Bildungen gewachsen sein, wenn er seine Aufabe nicht verfehlen soll. Die Volksanschauung giebt nun aber einmal dem Miether, mag er auch sein Recht aus der obligatorischen Gewährungspflicht des Vermiethers herleiten, und mag auch nach der Uebergabe zwischen ihm und dem Vermiether ein obligatorisches Verhältniß mit einer Reihe obligatorischer Ansprüche herüber und hinüber bestehen, daneben ein von der Besitzeinräumung datirendes, als Herrschaftsrecht über die Sache sich darstellendes Recht, das Grundstück zu bewohnen. Und nicht dieses Recht zu wohnen, ist eigenthümlich, sondern umgekehrt: es ist eigenthümlich, daß Juristen miteinander erst darüber streiten, ob der Miether ein Recht zu wohnen hat.

Beachtenswerth ist es, wenn Sohm (in Grünhut's Zeitschrift Bd. 4 S. 459) ausführt, der Miether sei nach römischem und gemeinem Recht nicht berechtigt, in dem gemietheten Hause zu wohnen, daselbst einzuziehen, sich dort aufzuhalten u. s. w., er habe ein bloßes Forderungsrecht, nur das Recht, daß der Vermiether ihn wohnen lasse, in jeder Einwirkungshandlung des Miethers auf die Sache sehe das Recht nicht des Miethers Handlung, sondern eine Handlung des Vermiethers.

Mit Recht bemerkt Fischer (Verhandlungen des 19. Juristentages Bd. 2 S. 377) hiergegen, daß diese Anschauung dem heutigen Rechtsbewußtsein so wenig entsprechend ist, daß sie in den Augen des Laien geradezu als eine Karrikatur der realen Verhältnisse erscheinen muß.

Dennoch ist die Darstellung Sohm's dankenswerth, weil sie die Unrichtigkeit derjenigen Auffassung darthut, die sich gegen die preußisch-rechtliche Verallgemeinerung des Dinglichkeitsbegriffes wehrt.

Digitized by Google

Sohm's Sätze sind nur die Konsequenzen dieser Auffassung Denn in der That: hat der Miether ein Recht zu wohnen, dann muß dieses sein Recht von Jedem anerkannt werden, nicht bloß vom Vermiether, nicht bloß vom späteren Hauseigenthümer, sondern einfach von Jedermann und zwar deshalb, weil jedes Recht von Jedem respektirt werden muß, jedes Recht absolut ist. Fehlt die Absolutheit, so fehlt auch das Recht. Eine Halbheit, ein Mittelweg ist hier nicht möglich. Ein Recht die Wohnung zu bewohnen ohne Schutz gegen Jedermann ist undenkbar.

Versagt daher das römische und gemeine Recht den Schutz gegen Jedermann, so ist es ganz richtig, wenn Sohm sagt: „Der Miether hat kein Recht zu wohnen," sondern nur ein Recht, sich vom Vermiether die Sache gewähren zu lassen.

Und diesen Rechtszustand, der mit den einfachsten Volksanschauungen im krassesten Widerspruch steht, erhebt der Entwurf auf den Schild und findet den entgegengesetzten Standpunkt des preußischen Rechts eigenthümlich.

§. 14.

Schlußbetrachtung.

Folge dem, wer kann, wir vermögen es nicht. Wir betrachten es als die Hauptaufgabe des Gesetzgebers, den Anschauungen des Volkes, den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gerecht zu werden, was man freilich nicht kann, wenn man sich eine bestimmte Theorie zurecht legt und dann von ihr aus in möglichst einfacher Weise die Verhältnisse zu regeln, die Rechtsvorschriften zu diktiren beginnt. Dann erscheinen die Rechtsinstitute nicht mehr kräftig und lebensvoll, wie der Verkehr sie geboren hat, sondern beengt und verstümmelt, wie es die Hineinzwängung in das Prokrustes-Bett einer bestimmten Theorie mit sich bringt.

Das Gesetzemachen ist eine Kunst. Aber der ist kein Künstler, der vor jeder Linie, die er bildet, sich ängstlich fragt, ob sie den Regeln seiner Kunst entspricht. Unbewußt muß der Künstler die Regel anwenden, und doch muß sie sich durch alle Verschlingungen und Verbindungen hindurchziehen und durch die Eigenart der Verschlingungen muß er die Regel fortbilden, der Kunst neue Regeln setzen.

Digitized by Google

Wo bliebe sonst der Unterschied zwischen Kunst und Handwerk?

Das eben ist der Fehler des Entwurfs, daß er — wir haben das Sachenrecht im Auge — eine bestimmte und leider noch so enge Theorie zu Grunde gelegt und nunmehr alle Erscheinungen des Verkehrs darauf hin geprüft hat, wie sie sich mit ihr vertragen; daß er alles auf das einfachste zu ordnen bestrebt war, obwohl verschlungene Rechtsgebilde naturgemäß nur durch Verknüpfung verschiedener juristischer Elemente zu konstruiren sind; daß er geglaubt hat, dingliches Recht und Forderungsrecht spotteten jeder Verbindung, wie „wenn Wasser mit Feuer sich mengt" und dadurch Institute, die beide Elemente in sich vereinigen, unkonstruirt gelassen hat, anstatt den Windungen des Verkehrs nachzugehen und durch ihre Ordnung die Theorie fortzubilden und ihr so neue Regeln zu geben.

Konstruktionen sind Gerüste, sind Schachte, die in die Tiefe führen.[34]) Aber die Tiefe kann sich nicht nach dem Schachte, der Bau nicht nach dem Gerüste richten.

[34]) Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen Seite 74.

Digitized by Google

3.

Zwei Beiträge zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Landgerichtsrath **Grettner** in Cottbus.

I.

Zur Verjährungslehre.

Gierke (in Schmoller's Jahrb. 12 S. 1258) erklärte unter einem Seitenhieb auf Windscheid dieselbe „als ein gekünsteltes und in sich widerspruchsvolles System"; Fischer (in den Becker und Fischer'schen Beiträgen Heft 6 S. 117) erhebt ebenfalls viele und prinzipielle Einwendungen und schließt sein Urtheil damit ab, „daß der Verjährungsabschnitt zur Vermeidung von Prozessen freilich wenig beitragen wird"; auch der 20. deutsche Juristentag hat sich nach den bis jetzt vorliegenden Zeitungsnotizen mehr gegen als für die Entwurfsbestimmungen ausgesprochen.

Wir unsererseits halten die Gestaltung dieser Lehre im Allgemeinen für richtig und gut; namentlich erachten wir auch die — vielfach angefochtene — Beseitigung des §. 377 I. 16 Pr. A. L.-R., welcher unter gewissen Umständen die Kompensation mit verjährten Forderungen gestattete, für durchaus angezeigt. Hiervon ausgehend sollen im Nachstehenden unsere Bedenken und Abänderungsvorschläge folgen.

1. Wir sind gegen den Ausdruck „Anspruchsverjährung" und schlagen vor, statt dessen kurzweg „Verjährung" zu gebrauchen.

Digitized by Google

Zur Begründung der gewählten Bezeichnung bemerken die Motive I S. 290: „Der Ausdruck ist nicht der gemeinübliche; mitunter findet sich die Bezeichnung Rechtsverjährung oder Schuldverjährung, zumeist die Bezeichnung Klageverjährung. Gegen den Ausdruck Rechtsverjährung spricht, daß die in Frage stehende Verjährung das dingliche Recht unberührt läßt; gegen den Ausdruck Schuldverjährung, daß unter Schuld gewöhnlich nur die dem Forderungsrechte entsprechende Verbindlichkeit verstanden wird. Der Ausdruck Klageverjährung dagegen legt das Mißverständniß nahe, daß das spezifische Moment der Klagebefugniß den Gegenstand der Verjährung bilde. Die Verjährung richtet sich nicht gegen die prozessuale Zuständigkeit der gerichtlichen Verfolgung, sondern gegen die Berechtigung selbst. Die von dem Entwurfe gewählte Bezeichnung hat den Vorzug, letzteres von vornherein klarzustellen."

Diese Erwägungen rechtfertigen allerdings, daß der Entwurf keinen der früheren, gangbaren Ausdrücke beibehalten konnte; sie rechtfertigen aber nicht die für den Lebensverkehr ganz neue, für die Wissenschaft zuerst von Windscheid eingeführte, von anderen Schriftstellern stark bekämpfte Bezeichnung, und zwar um so weniger, als in Hinblick auf §. 182 die Thatsache, daß die Verjährung sich gegen die Berechtigung selbst richtet, gar nicht zweifelhaft sein kann. Wir meinen daher, daß bei der absoluten — rechtlichen und örtlichen — Trennung der praescriptio und usucapio, welche der Entwurf enthält, für jene die Bezeichnung „Verjährung" vollständig genügt. Dafür spricht überdies, daß der Entwurf selbst sich des neuen Ausdrucks nur dreimal (in der Ueberschrift, im §. 154 und §. 659), sonst stets des Worts Verjährung bedient.

2. Zu §. 154.

Wir würden den ersten Satz im ersten Absatze dahin ändern:

> Jeder Anspruch unterliegt, sofern das Gesetz nicht ein Anderes bestimmte, der Verjährung.

und den zweiten Absatz dahin ergänzen:

> ebenso ist der Anspruch auf Familienzustände unverjährbar.

Denn die Definition, welche der Entwurftext von „dem Anspruche" dahin giebt, daß er nur die Berechtigung zu einer Leistung umfaßt, halten wir aus einem zweifachen Grunde für verderblich.

Digitized by Google

Erstlich wird dadurch, wie auch die Motive S. 291 unumwunden anerkennen, ein Gegensatz zu der Civilprozeßordnung hervorgerufen, da letztere unter Ansprüche jedes Klagebegehren versteht. Dieser Widerstreit ist um so größer, als der Entwurf den Ausdruck „Anspruch" daneben auch in jenem weiteren, letzteren Sinne anwendet, z. B. in den §§. 170, 193. — Sodann sehen wir keinen Grund ab, die Verjährung auf die Leistungsklage zu beschränken bezw. die Feststellungsklagen anders zu behandeln. Die Motive S. 295 sagen, die Verjährung der Feststellungsklagen wäre nicht am Platze, indem sie weiter bemerken: die zeitliche Beschränkung der prozessualen Befugniß, Feststellung zu verlangen, würde mit dem Zwecke des Instituts selbst in Widerspruch treten, welches die Möglichkeit gewähren will, zweifelhafte oder dem Streite ausgesetzte Verhältnisse jederzeit, so lange dieselben bestehen, der richterlichen Entscheidung zu unterstellen, sofern nur ein rechtliches Interesse hierfür dargelegt werden kann: — Diese Exemtion will uns nicht einleuchten. Wenn beispielsweise A. von B. bei einer Jagd in die Augen geschossen ist, und A., weil noch aussteht, ob er auf einem Auge oder auf beiden Augen blind bleiben wird, Klage dahin erhebt, daß ihm B. den durch diese Verletzung erlittenen Schaden zu ersetzen habe, so wüßten wir nicht, aus welchem Grunde dem B. die Vertheidigung versagt sein sollte: Deine Feststellungsklage ist verjährt, weil der Jagdvorfall sich bereits vor 3 Jahren zugetragen hat (§. 719[1]); bei der demnächstigen Leistungsklage wäre für diesen Einwand jedenfalls kein Raum mehr. Erwägt man ferner die innere Verwandtschaft beider Klagen, und erinnert man sich, daß die Feststellungsklage auf den Bestand des Rechtsverhältnisses, die Leistungsklage aber außerdem noch auf die materiellen Folgen desselben abzielt, beide Ansprüche also dasselbe Rechtsverhältniß betreffen, so fehlt es unseres Erachtens an jedem stichhaltigen Grunde, die Verjährung in dem einen Falle zuzulassen, in dem anderen aber nicht.

Soweit ein Bedürfniß vorliegt, gewisse Feststellungsklagen der Verjährung zu entziehen, insoweit wird demselben durch den von uns vorgeschlagenen Zusatz genügt.

Fischer bemängelt noch a. a. O. S. 79, daß der Entwurf unter Leistung auch die Unterlassung mitbegreife, und meint, daß dies gegen den anerkannten Sprachgebrauch verstoße. Ein solches

Digitized by Google

„Vergehen gegen den Geist der Sprache" möchten wir nicht annehmen. Leisten heißt (vergl. Grimm's Wörterbuch VI S. 724 unter 2) — „eine Verpflichtung übernehmen", und eine Verpflichtung kann sowohl ein Thuen wie ein Nichtthuen enthalten. Wer Verzicht leistet, erklärt, etwas unterlassen zu wollen.

3. Zu §. 156 Nr. 2 bezw. Nr. 4.

Die Worte „insbesondere von Lebensmitteln und Brennmaterialien" würden wir als unnöthig streichen. Es mag zwar manchen Juristen geben, der z. B. Torf nicht zu den Erzeugnissen im Rechtssinne rechnet, aber seine Zugehörigkeit zu den landwirthschaftlichen Erzeugnissen kann keinem Zweifel unterliegen.

Bei Nr. 4 möchten wir den Zwischensatz — „welche" bis „dienen" — wegen seines tautologischen Inhalts in Wegfall bringen.

4. Zu §. 162.

Wir möchten die Beseitigung der ganzen Vorschrift befürworten. Der Paragraph bestimmt zuvörderst, daß Hemmung der Verjährung für den Fall, daß die Rechtsverfolgung entweder vermöge „der Beschaffenheit" des Anspruchs oder vermöge einer „besonderen" Vorschrift nicht gestattet ist, eintreten soll. In letzterer Beziehung ist, wie die Motive S. 313 ergeben, daran gedacht, daß künftighin Moratorien und Sistirungsgesetze erlassen werden könnten. Ein Schutz für eine spätere Gesetzgebung ist indessen, wie schon Meischeider (Beiträge Heft 3 S. 64) hervorhebt, entschieden entbehrlich; der künftige Gesetzgeber wird sich selber schützen, bezw. seiner Zeit das Erforderliche bestimmen können. Es tritt hinzu, daß Sistirungsgesetze einen partiellen Stillstand der Rechtspflege enthalten und damit der §. 164 von selbst anwendbar wird. — Unter den Hindernissen, welche sich auf die „Beschaffenheit" des Anspruchs beziehen, sollen nach den Motiven die zerstörenden und verzögernden Einreden, besonders letztere, verstanden werden. Diese Einreden sollen die Verjährung grundsätzlich hemmen; gleichzeitig wird aber in Form der Ausnahme bestimmt, daß die hauptsächlichsten, gangbarsten, erheblichsten Einreden diese Wirkung nicht haben sollen. Dem möchten wir zuerst entgegenstellen, daß nicht blos die zerstörenden Einreden, wie bereits Meischeider a. a. O. bemerkt, sondern auch die verzögern-

Digitized by Google

den Einreden mit der Beschaffenheit des Anspruchs überhaupt nichts zu thun haben, der gewählte Ausdruck also sachwidrig ist. Die Einrede verändert nicht die Beschaffenheit, das Wesen des Anspruchs, sondern dessen Rechtswirksamkeit. Auch kann von einer solchen Einrede kaum gesagt werden, daß sie die Rechtsverfolgung nicht gestattet; die Rechtsverfolgung ist unbedingt statthaft, sie ist nur erfolglos. — Sodann will uns scheinen, daß es in Anbetracht der zugelassenen Ausnahmen an jedem Anwendungsgebiete für jenen Grundsatz fehlt; die von den Motiven S. 314 angezogenen Beispiele — wenn eine Stundung vorliegt, oder wenn Jemand, nachdem der Eigenthumsanspruch zu verjähren begonnen, die Sache vom Eigenthümer miethet — enthalten eine Anerkennung des Anspruchs und unterbrechen deshalb nach §. 170 die Verjährung.

Daß die Aufrechnungsmöglichkeit die Verjährung nicht berührt, folgt schon aus §§. 281, 282, 283 evident und bedarf deshalb auch keiner besonderen Hervorhebung.

Eventuell würden wir vorschlagen, das Gewollte genauer zu bestimmen, etwa dahin: Die dem Anspruche entgegenstehenden Einreden hemmen die Verjährung mit Ausnahme . . . . . .

5. Zu §. 163.

Die Vorschrift ist entbehrlich, weil sie eine nothwendige Folge der im §. 158[1] enthaltenen wiedergiebt, bezw. weil, so lange das Pfandrecht besteht, es an einer Herausgabepflicht seitens des Pfandgläubigers fehlte. Vergl. Meischeider S. 67. — Die Motive halten die Bestimmung für nothwendig, um eine mißbräuchliche Anwendung des §. 162 auszuschließen. Nach unserem Vorschlage unter 4 ist eine solche gar nicht möglich.

6. Zu §. 171.

An Stelle desselben würden wir Folgendes setzen:

> Die Unterbrechung mittelst Klageerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder abgewiesen wird. Die Unterbrechung wirkt aber fort, wenn die Abweisung nur zur Zeit, wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart, erfolgte, vorausgesetzt, daß in den beiden letzten Fällen die neue

Digitized by Google

Klage binnen einer Frist von sechs Monaten seit Rechtskraft des Urtheils erhoben wird. Auf diese Frist finden die §§. 164, 166 entsprechende Anwendung.

Die vorgeschlagenen Aenderungen beruhen auf folgenden Erwägungen:

a) Die Wendung im Entwurfe „wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung" halten wir ungenau und unbestimmt. — Vgl. auch Fischer, Beiträge Heft VI S. 133. Was ist Prozeßvoraussetzung? Der Ausdruck ist kein technischer, er ist der Civilprozeßordnung, also der eigentlichen sedes materiae, vollständig unbekannt. Bülow, welcher denselben eingeführt hat (die Lehre von den Prozeßeinreden S. 6), versteht darunter „die konstitutiven Elemente des Prozeßverhältnisses". Die Motive — S. 330 — bemerken, „der Ausdruck wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung wird keinem Mißverständnisse begegnen; gemeint sind alle Verstöße gegen Prozeßgesetze, welche es zu einer sachlichen Entscheidung nicht kommen lassen". Wir möchten glauben, daß solche Mißverständnisse gar nicht ausbleiben können, selbst wenn die von den Motiven gegebene Auslegung maßgebend wäre. Wenn z. B. ein Anspruch wegen unzulässiger Klageänderung abgewiesen ist, so kann sehr wohl die Streitfrage aufgeworfen werden, ob darin eine sachliche oder eine formelle Entscheidung vorliegt. Ueberdies ist gerade die Verjährungslehre für den Handelsverkehr und für das tägliche Leben von so großer und häufiger Bedeutung, daß ein bestimmter, klarer, auch dem einsichtsvollen Laien verständlicher Ausdruck geboten erscheint.

b) Die Ausnahme, welche der Absatz 2 des Entwurfs zuläßt, beruht auf einer ziemlich allerseits anerkannten Billigkeit. Gewöhnlich wird die neue Klage bei dem zuständigen Gerichte angestellt werden; indessen ist es immerhin möglich und auch thatsächlich vorgekommen, daß wiederum ein falsches Gericht angegangen wurde, und für diesen Fall spricht dieselbe Billigkeit dafür, den Kläger zu schützen und durch die Fortdauer der Unterbrechung zu helfen. Für

Digitized by Google

einen besonders gearteten Fall ist dies sogar im Entwurfe — im dritten Absatze — ausdrücklich anerkannt. Deshalb halten wir den Zusatz im Entwurfe „bei dem zuständigen Gerichte" für sachwidrig und der Abänderung bezw. Weglassung bedürftig.

c) Den eben gedachten 3. Absatz halten wir für entbehrlich. Er ist aufgenommen mit Hinblick auf den im §. 36 Nr. 6 C.-P.-O. enthaltenen Thatbestand, dessen besondere Regulirung wir indessen wegen seiner großen Seltenheit sowohl überhaupt wie bezüglich der Verjährung so gut wie gegenstandslos erachten. Schon die Fassung und Breite dieses Absatzes läßt erkennen, daß damit das Gebiet der Kasuistik betreten ist. Durch die von uns vorgeschlagene Fassung wird übrigens auch dieser Fall mitbetroffen.

7. Zu §. 179 Abs. 1.

Der letzte Satz wäre richtiger und kürzer dahin zu fassen: so finden die Vorschriften der §§. 170 bis 178 entsprechende Anwendung: denn nicht nur der §. 176, wie der Entwurf hervorhebt, sondern auch andere Paragraphen — wie §. 172, ein Theil von §. 170 — sind ohne Weiteres von der Anwendung ausgeschlossen. Deren Nichtanwendung trotz des allgemein gehaltenen Allegats ergiebt sich von selbst, da nur von einer sinngemäßen bezw. entsprechenden Anwendung die Rede ist.

8. Zu §. 183 Abs. 3.

Den Absatz halten wir für überflüssig. Die Motive (S. 345) bemerken zur Begründung: Die Vorschrift des Abs. 3 beruht auf demselben Gedanken, wie diejenige des Abs. 1. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Uebertragung eines Rechts (Eigenthum, Grundschuld u. s. w.) sichergestellt ist. Wirthschaftlich stehen sich beide Fälle im Wesentlichen gleich: Indessen nicht nur wirthschaftlich, sondern auch rechtlich stehen sich beide Fälle gleich; im letzten Falle liegt ein verschleiertes, in Wahrheit also ein wirkliches Pfandrecht (§. 96[2]) vor und der Besteller kann dasselbe aus demselben Grunde, wie im ersten Falle, nicht zurückfordern.

Digitized by Google

Dies zum besonderen Ausdruck zu bringen, liegt u. E. kein Grund vor.

9. Zu §. 185.

Will man hinsichtlich der Verträge über die Verjährung bei dem stehen bleiben, was der Entwurf bestimmt, so bedarf es hierzu nicht eines positiven und negativen Satzes; die Vorschrift kann vielmehr viel kürzer und genauer lauten. Genauer insofern, als der Entwurf zwischen Erschwerung und Erleichterung der Verjährung unterscheidet, während in Wahrheit eine solche Unterscheidung gar nicht Platz greifen kann. Denn was für einen Betheiligten, wie z. B. die Abkürzung der Frist, eine Erleichterung darstellt, ist für den anderen Theil eine Erschwerung. Deshalb würden wir das Gebot dahin fassen:

Durch Rechtsgeschäfte können die Vorschriften über die Verjährung nur insofern abgeändert werden, als eine Abkürzung der Verjährungsfrist bestimmt wird: Diese Fassung schließt übrigens nicht aus, daß in gewissen Fällen auch eine Verlängerung der Frist stattfinden kann, wie dies z. B. §. 397 Abs. III, §. 444 Abs. II, §. 571 Abs. III zuläßt; denn jede Vorschrift ist unter der selbstverständlichen Einschränkung zu verstehen „soweit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt".

Wir glauben überdies, daß es wünschenswerth — entgegen dem Entwurfe —, wenigstens grundsätzlich und also an dieser Stelle jeden Einfluß der Privatwillkür auf die Verjährung auszuschließen. Denn die Verjährung ist ein rein positiv-rechtliches Institut, vom Gesetzgeber aus dem Grunde und mit dem Zwecke aufgenommen, um „der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen". Den Lebensverhältnissen wird ausreichend Rechnung getragen durch die Gestaltung im Einzelnen, besonders durch die verschiedenen, zehnfachen Verjährungsfristen, die sich in dem Zeitraum von zwei Wochen bis 30 Jahren bewegen. — Es ist ferner entschieden mißlich und unnatürlich, dieselben Rechtssätze bald für zwingendes, bald für nachgiebiges Recht zu erklären, bald über, bald unter den Parteiwillen zu stellen. — Auch eine Förderung des Verjährungszweckes, auf welchem die Motive S. 346 hinweisen, ist aus der Vorschrift im Absatz II nicht zu erwarten, da Verträge über die Verjährung

Digitized by Google

unseres Wissens ungemein selten vorkommen. Zu erwarten ist viel eher, daß, da für solche Verträge keine besondere Form vorgeschrieben ist, die Vorschrift als Handhabe für eine chikanöse Einrede dienen wird.

Deshalb halten wir es für besser, im §. 185 lediglich vorzuschreiben:

> Durch Rechtsgeschäft können die Vorschriften über die Verjährung nicht abgeändert werden.

II.

Die Pflichttheilslehre.

A. Hauptgrundsätze.

Nach dem Entwurfe ist der Pflichttheil eine Beschränkung der Testirfreiheit zu Gunsten bestimmter gesetzlicher Erben, und zwar derartig, daß der Erblasser ihnen die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils dem Werthe nach hinterlassen muß (§. 1975). Der Pflichttheilsberechtigte hat die Rechtsstellung eines Nachlaßgläubigers, indem ihm ein regelmäßig unentziehbares Recht, in bestimmter Höhe bedacht zu werden, in diesem Sinne zu erben, gegeben wird. Der Entwurf verwirft somit den Gedanken des Reservatquantums des code civile, die Theorie des gemeinen Rechtes mit seiner querela inofficiosi testamenti und actio suppletoria, endlich die noch im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche geltende Auffassung über die Erbeneigenschaft des Pflichttheilsberechtigten. Die Gründe für diese Gestaltung sind in den Motiven Bd. 5 S. 388 dargelegt und unseres Erachtens überzeugend.

Der Kreis der Pflichttheilsberechtigten ist beschränkt auf die Abkömmlinge, die Eltern und den Ehegatten oder — im Sinne des Entwurfs — auf die erste Erblinie (§. 1965), einen Theil der zweiten (§. 1966) und die konkurrirende Erblinie (§. 1971); weitere Aszendenten sowie Geschwister sind also nicht mehr pflichttheilsberechtigt.

Digitized by Google

Der Werthanspruch beträgt immer die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils; anderweitige Bruchtheile, welche in verschiedenen Gesetzen, besonders im preußischen Landrechte vorkommen, sind abgelehnt. Diese einheitliche Quote macht das Gesetz nicht nur einfacher, sondern entspricht vor allem der in allen drei Fällen gleichwerthen und deshalb gleichmäßig wirkenden ethischen Rücksicht, auf welcher der Pflichttheilsanspruch letztlich beruht (vergl. Motive S. 388).

Neben diesem regelmäßigen Pflichttheile steht der außerordentliche (§§. 2009—2018). Um dem ökonomischen Zwecke des Pflichttheils voll zu entsprechen, genügt nicht eine Beschränkung der Testirfreiheit, vielmehr muß noch eine weitere Beschränkung der Verfügungsfreiheit hinzutreten, weil andernfalls das Pflichttheil durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wesentlich verkürzt bezw. sogar vereitelt werden könnte. Deshalb ist bestimmt, daß Schenkungen, welche der Erblasser beim Vorhandensein oder bei der nahen Möglichkeit von Pflichttheilsberechtigten vornahm, dem Notherben nicht schaden beziehungsweise als noch zum Nachlasse gehörig angesehen werden sollen. Unerheblich ist es, wie lange vor dem Tode und in welcher Höhe die Schenkungen erfolgten. Die Summe, welche sich für den Pflichttheilsberechtigten aus dem wirklichen Nachlaß ergiebt, ist sein regelmäßiger Pflichttheil, und die Summe, um welche sich letzterer in Folge der zuzurechnenden Schenkungen aus dem fingirten Nachlaß erhöht, ist sein außerordentlicher Pflichttheil; sie unterscheiden sich darin, daß für jenen nur der Erbe, für diesen subsidiär auch der Beschenkte haftet.

Der Pflichttheil kann ausnahmsweise auf Grund der Bestimmung des Erblassers wegfallen (§§. 2000—2008). In diesen Fällen spricht der Entwurf, weil nach demselben dem Pflichttheilsberechtigten die gesicherte und bevorzugte Stellung eines Erben fehlt, nicht von Enterbung, sondern von Entziehung des Pflichttheils. Die Entziehungsgründe bezw. früheren Enterbungsgründe sind erheblich vermindert. In Sonderheit ist die Verurtheilung wegen Verbrechens, wenn vom pflichttheilsberechtigten Ehegatten abgesehen wird (§. 2005 und §. 1444), beseitigt. Die Motive bemerken darauf bezüglich zutreffend:

„Nachdem die Konfiskation des Vermögens als öffentliche Strafe weggefallen ist, entbehrt dieser Grund der Berechtigung.

Digitized by Google

Wenn aufgestellt ist, es sei den Eltern oder Voreltern nicht zuzumuthen, einem im Zuchthause sitzenden Abkömmlinge etwas zu hinterlassen, so ist dagegen zu erinnern, daß es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, Strafen für Verbrechen festzusetzen, und daß es nicht angemessen wäre, dem Bestraften die Rückkehr zur eigenen Familie zu verschließen."

B. Die einzelnen Bestimmungen.

Was den materiellen Inhalt derselben, den Aufbau und den Ausbau der eben vorgetragenen Grundsätze anlangt, so finden wir nur weniges — siehe unten §§. 3, 8, 11 — zu erinnern und glauben, daß der Entwurf, welcher ebenso wenig neues Recht schaffen kann wie soll, das Beste und Passendste gewählt hat; in dieser Beziehung ist der Entwurf gut.

Ganz anders verhält es sich mit der formellen Seite; in dieser Hinsicht läßt sich ein entschiedener Tadel, sowie der Wunsch nach etwas Besserem nicht unterdrücken. Die Sprache ist zwar rein Deutsch, aber, um einen jetzt üblichen Ausdruck zu gebrauchen, im „Juristendeutsch" gehalten. In welchem Maße dies geschieht, ergiebt fast jeder einzelne Paragraph, wobei wir nebenbei hinsichtlich des Stils noch auf den Umstand hinweisen möchten, wie der Gesetzestext gleichzeitig Pflichttheil — Pflichttheilsanspruch — Pflichttheilsrecht anwendet, während der erstere Ausdruck, wie die Probe ergiebt, überall verwendbar und passend wäre. — Einen andern Vorwurf erblicken wir darin, daß der Entwurf vorzüglich bei dieser Lehre, um recht deutlich zu sein und manche denkbare Zweifel zu beseitigen, zu viel bestimmt, also Selbstverständliches und nothwendige Folgerungen durch besondere Vorschriften erledigt. Wir rechnen dazu vor Allem die §§. 1977, 1978, 1985, 2011, welche wir gemäß des Nachstehenden für vollständig entbehrlich erachten.

§. 1977. Da nach dem Entwurfe Pflichttheil und Erbtheil ganz verschiedene Begriffe sind, so ist es einerseits selbstverständlich, daß, wem der Pflichttheil beschieden wurde, Erbe nicht wird; andrerseits ist es ebenso selbstverständlich, daß wenn nach dem Inhalte der letztwilligen Verfügung etwas anderes, eine Erbeinsetzung gemeint ist, das Gewollte — gemäß §. 73 — zur Geltung kommt.

Digitized by Google

§. 1978. Derselbe ist ein nothwendiger Folgesatz aus §. 1976.

§. 1985. Es erhellt aus §. 1986 genugsam, daß für den Pflichttheil der Bestand des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls, nicht etwa zur Zeit der Geltendmachung des Pflichttheils ausschlaggebend ist, und daß also eine etwaige inzwischen eingetretene Verminderung oder Vermehrung des Nachlaßvermögens belanglos ist.

§. 2011. Hat derjenige Pflichttheilsberechtigte, welcher sogar einziger Erbe geworden ist, den Anspruch auf den außerordentlichen Pflichttheil (§. 2014 letzter Satz), so wird niemand Bedenken tragen, dieses Recht auch demjenigen Pflichttheilsberechtigten zu geben, welchem die Hälfte seines Erbtheils zugewendet ist; der Erblasser hat in beiden Fällen der gesetzlichen Hinterlassungspflicht nicht genügt.

Von diesen Gesichtspunkten ausgehend, schlagen wir bezüglich des erbrechtlichen Titels über den Pflichttheil unter Anschluß etwaiger näherer Begründung folgende Fassung vor; die eingeklammerten Paragraphen bezeichnen die des Entwurfs.

C. Der Gegenentwurf.

§. 1 (1975, 1987).

Der Erblasser ist verpflichtet, seinem zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge, Elterntheile und Ehegatten soviel zu hinterlassen, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils erreicht (Pflichttheil).

Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Elterntheil, so wird das dem überlebenden Ehegatten nach §. 1971 zustehende Voraus als nicht zum Nachlasse gehörig angesehen.

— Die Motive (S. 390) nennen den von uns eliminirten 2. Absatz des §. 1975 eine Erläuterung und Verdeutlichung. Dieselbe ist angesichts des §. 1971 durchaus entbehrlich. Denn einerseits ist das Voraus ein gesetzliches Vermächtniß, kein gesetzlicher Erbtheil; anderseits ist dasjenige, was der Ehegatte sonst noch als wirklicher Verwandter erben würde, ein zweiter Erbtheil, der gänzlich außer Zusammenhang mit der hier fraglichen Hinterlassungspflicht steht. —

Digitized by Google

§. 2 (1976).

Der Pflichttheil begründet nur einen Geldanspruch gegen den Erben.

— Aus dieser Bestimmung folgt schon nothwendig, daß der Pflichttheil auf die vom Erblasser angeordnete oder von ihm veranlaßte Erbfolge ohne Einfluß, der erste Absatz des §. 1976 also entbehrlich ist. —

§. 3 (1979—1982).

Ist dem Pflichttheilsberechtigten mindestens die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils unbeschränkt hinterlassen, so kann er den Pflichttheil nicht fordern; in allen anderen Fällen hat er die Wahl zwischen der Zuwendung und dem Pflichttheil.

— Den ersteren Satz spricht der Entwurf nicht ausdrücklich aus, er billigt denselben indessen, wie arg. e. contr. aus §. 1977 folgt. Im Uebrigen unterscheidet der Entwurf die einzelnen Fälle der Zuwendung und knüpft an diese die verschiedensten Rechtsfolgen, nämlich in folgender Weise:

a) Dem Pflichttheilsberechtigten ist ein *unbelasteter Erbtheil* zugewendet, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, letzteres z. B. wenn der verwittwete Erblasser bestimmt: $^2/_3$ des Nachlasses erhält mein Bruder, so daß die hinterlassenen beiden Söhne in das Restdrittel succediren. Hier darf der Pflichttheilsberechtigte den Erbtheil nicht ausschlagen, hat jedoch außerdem in so fern Anspruch auf den Pflichttheil, als der Erbtheil die Pflichttheilssumme nicht deckt — §. 1979.

b) Dem Pflichttheilsberechtigten ist ein *unbelastetes Vermächtniß* hinterlassen. Hier hat er die Wahl zwischen dem Pflichtheil und dem Vermächtnisse; wählt er letzteres, so kann er daneben den Pflichttheil noch in so weit fordern, als derselbe durch den Werth des Vermächtnisses nicht gedeckt wird — §. 1981.

c) Dem Pflichttheilsberechtigten ist ein *belasteter* Erbtheil, welcher z. B. auch vorliegt bei Ernennung eines Testamentsvollstreckers, beim Eintritt des Anerbenrechts (Art. 85 E.-G.), zugewendet. Hier hat er die Wahl zwischen dem Pflichttheil und dem Erbtheile; wählt er den Erbtheil, so kann

Digitized by Google

er daneben den Pflichttheil nur in so weit fordern, als derselbe nicht durch den Erbtheil, welcher aber als unbelastet in Rechnung zu stellen ist, gedeckt wird — §. 1981.

d) Dem Pflichttheilsberechtigten ist ein belastetes Vermächtniß hinterlassen; hier gilt das zu c Gesagte ebenfalls — §. 1982.

Diese Gestaltung ist jedenfalls nicht einfach, sondern recht verwickelt und u. E. auch keine sachgemäße. Nach dem im §. 1975 (§. 1) ausgesprochenen grundlegenden Gedanken hat der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten soviel zu hinterlassen, als der Werth der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils beträgt. Dieser Verpflichtung hat der Erblasser offenbar genügt, wenn er den Berechtigten zum Erben auf mehr als die Hälfte oder auf die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils unbelastet einsetzt; in allen übrigen vom Entwurf näher unterschiedenen Fällen ist der Werth des Zugewendeten problematisch, unsicher und von Zufälligkeiten abhängig und deshalb ein Wahlrecht für den Berechtigten geboten. Wählt der Berechtigte aber dann in der That das Vermächtniß oder den Erbtheil, unterwirft er sich also dem Willen des Erblassers, so halten wir es für unangemessen, daß er daneben noch die Differenz zwischen dem Zugewendeten und dem Zuzuwendendem zu fordern befugt sein soll. Diese Unangemessenheit erkennt der Entwurf selber in so fern an, als er bei der angeordneten Berechnung den Erbtheil beziehungsweise das Vermächtniß als unbeschwert, unbelastet und unbeschränkt fingirt. —

§. 4 (1983).

Ist für einen Abkömmling der Pflichttheil begründet oder in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen, so steht dem Abkömmlinge dieses Abkömmlings, sowie den Eltern des Erblassers ein Pflichttheil nicht zu.

§. 5 (1984).

Bei Feststellung der Größe des Pflichttheils werden diejenigen gesetzlichen Erben, welche ausgeschlagen oder verzichtet haben oder für erbunwürdig erklärt sind, mitgezählt.

Digitized by Google

§. 6 (1986).

Der Pflichttheil wird berechnet nach dem durch Schätzung zu ermittelnden Werthe, welchen der Nachlaß zur Zeit des Erbfalls hat. Dabei kommen aufschiebend bedingte, sowie zweifelhafte Rechte und Verbindlichkeiten gar nicht, auflösend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten als unbedingte in Ansatz. Wird die Zweifelhaftigkeit gehoben oder tritt die Erfüllung der Bedingung ein, so hat eine nachträgliche Ausgleichung durch Nachzahlung seitens des Erben oder durch Rückzahlung seitens des Pflichttheilsberechtigten zu erfolgen.

§. 7 (1988).

Der Pflichttheilsberechtigte kann über den Bestand des Nachlasses Auskunft verlangen. Eine diesem Rechte entgegenstehende Anordnung oder Abrede des Erblassers ist wirkungslos; dagegen kann der Erblasser wirksam bestimmen, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn er die Ermittelung des Nachlasses betreibt, auf den Pflichttheil beschränkt sein solle.

§. 8 (1989, 1990).

Auf den Pflichttheil hat sich der Pflichttheilsberechtigte alle Zuwendungen abzurechnen, für welche unter Miterben die im achten Titel bestimmte Ausgleichungspflicht eintreten würde; außerdem unterliegt auch die Schenkung auf den Todesfall, welche der Erblasser vollzogen hat, der Abrechnungspflicht.

Der Werth dieser Zuwendungen tritt bei Ermittelung des Pflichttheils dem Werthe des Nachlasses hinzu.

Zwischen der Ausgleichungspflicht und der Abrechnungspflicht, wie sie der Entwurf normirt, finden wir nur zwei Unterschiede heraus: erstens den, daß eine bereits vollzogene Schenkung auf den Todesfall der Abrechnungspflicht ohne Weiteres unterliegt, während sie unter die Ausgleichungspflicht nur dann fällt, wenn dies bei der Zuwendung erklärt wurde, und ferner den weiteren, daß dem entfernteren pflichttheilsberechtigten Abkömmlinge diejenigen Zuwendungen, welche der ihm vorgehende Abkömmling erhalten hat, nicht abzurechnen sind, wenn sein Pflichttheil sich darauf stützt, daß der nähere Abkömmling die Erbschaft ausgeschlagen hat, durch letzt-

Digitized by Google

willige Verfügung oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist. Der erstere Unterschied hat im §. 8 Ausdruck gefunden; den zweiten Unterschied erachten wir für unbegründet. Die Motive führen Seite 413 selber das pro und contra für diesen Unterschied an, und wir möchten glauben, daß die dort angeführten Contragründe entschieden für die Aufhebung des Unterschieds sprechen.

Verkannt werden dürfte überhaupt nicht und besonders nicht nach der vorstehenden Fassung, daß, wenn der Erblasser die Anrechnung einer Zuwendung auf den Erbtheil angeordnet hat, darunter auch die Anrechnung auf den Pflichttheil zu verstehen, somit der Absatz 2 des §. 1989 entbehrlich ist. —

§. 9 (1990, 1991).

Sind der Pflichttheilsberechtigte und der Erbe Abkömmlinge des Erblassers, so hat auch der Erbe dem Werthe des Nachlasses diejenigen Beträge hinzuzurechnen, welche er Miterben gegenüber nach §§. 2157—2164 zur Ausgleichung zu bringen hätte.

— Nach dieser Fassung ist der §. 1991, welcher lediglich eine Wiederholung des §. 1962 enthält, entbehrlich. —

§. 10 (1992).

Der Pflichttheil ist nur dann pfändbar und ein Theil der Konkursmasse, wenn der Pflichttheilsberechtigte denselben bereits vor der Pfändung beziehungsweise Konkurseröffnung gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht hat.

— Der weitere Inhalt des §. 1992 ist überflüssig. Es ist eine übertriebene Aengstlichkeit, wenn die Motive der aus dem außerordentlichen Pflichttheile herzuleitenden Annahme, derselbe bestehe schon vor dem Erbfalle, vorbeugen und deshalb den ersten Absatz des §. 1992 aufgenommen wissen wollen; eine solche Annahme ist um so mehr ausgeschlossen, als der Entwurf den Pflichttheil unter der gesetzlichen Erbfolge mitbegreift (vergl. die Ueberschrift zum 4. Abschnitt). — Dasselbe gilt von dem besonderen Ausspruch bezüglich der Uebertragbarkeit und Vererbung des Pflichttheils, welchem, im Entwurf unzweifelhaft als Forderungsrecht gestaltet,

Digitized by Google

ohne Weiteres auch alle Bethätigungen eines solchen Rechtes zukommen. —

§. 11 (1993, 1997, 1998).

Die Vermächtnißnehmer und die aus einer Auflage Berechtigten haben, soweit der Erblasser nicht etwas Anderes bestimmt hat, dem Erben gegenüber verhältnißmäßig zu dem Pflichttheil beizutragen; diese Beitragspflicht fällt indessen hinweg, soweit nach §. 12 ein Miterbe den Pflichttheil allein zu tragen hat.

— In dieser Fassung liegt eine materielle Aenderung insoweit, als der Entwurf nur von einem Abzuge vor Vollziehung dieser Verbindlichkeit spricht. Es liegt aber kein Grund vor, die erfüllten Geschäfte anders zu behandeln und den Legatar u. s. w. von der Herausgabe des Zuvielempfangenen zu befreien. Inhaltlich des §. 1993 könnte sich eintretenden Falles der Erbe auch nicht auf den §. 737 berufen. —

§. 12 (1994).

Mehrere Erben haften für den Pflichttheil, wenn der Erblasser nicht etwas Anderes bestimmt hat, nach Verhältniß ihrer Erbtheile.

§. 13 (1995, 1996, 1998).

Falls vom Erblasser nichts Anderes bestimmt ist, hat im Verhältnisse zu den Miterben derjenige Erbe, welchem die Ausschließung oder Ausschlagung des Pflichttheilsberechtigten zu statten kommt, den Pflichttheil oder das dafür eintretende Vermächtniß nach Maßgabe des erlangten Vortheils zu tragen.

— Der Absatz 2 des §. 1996 ist insbesondere mit Rücksicht auf §. 1876 entbehrlich. —

§. 14 — wie §. 1999 des Entwurfs.

§. 15 — wie im §. 2000 des Entwurfs, nur würden wir den letzten Satz desselben dahin ändern: Die Entziehung muß in einer letztwilligen Verfügung und unter Angabe des zur Zeit der Entziehung bereits eingetretenen Rechtsgrunds erfolgen.

Durch diese Fassung erübrigt sich die Aufnahme der §§. 2006, 2007.

§. 16 — wie §. 2001 des Entwurfs.

§. 17 — wie §. 2002 des Entwurfs.

Digitized by Google

§. 18 — wie §. 2003 des Entwurfs.

§. 19 — wie §. 2004 des Entwurfs.

§. 20 — wie §. 2005 des Entwurfs.

§. 21 (2008).

Der Beweis des Entziehungsgrunds liegt demjenigen ob, welcher die Entziehung geltend macht.

§. 22 (2009).

Hat der Erblasser, zur Zeit als der Pflichttheilsberechtigte vorhanden war, eine Schenkung gemacht, so ist der Pflichttheil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre. Dasselbe gilt für denjenigen Pflichttheilsberechtigten, welcher zwar erst nach der Schenkung geboren ist, aber aus einer damals bereits bestehenden formgültigen Ehe des Erblassers oder von einem damals Lebenden und zu dieser Zeit durch Erbverzicht nicht ausgeschlossenen Abkömmlinge abstammt.

— Für die besondere Vorschrift hinsichtlich der verbrauchbaren Sachen, meistens Geld, liegt unseres Erachtens kein Bedürfniß vor. —

§. 23 — wie §. 2010 des Entwurfs.

§. 24 (2012).

Auf den außerordentlichen Pflichttheil werden alle Schenkungen abgerechnet, welche der Pflichttheilsberechtigte vom Erblasser erhielt und die nach §. 8 nicht bereits auf den ordentlichen Pflichttheil abgerechnet sind.

Absatz 2 — wie Absatz 2 des §. 2012 des Entwurfs.

§. 25 (2013).

Für den außerordentlichen Pflichttheil haftet der Erbe insoweit, als ihm in Folge der Verfügung des Erblassers mehr zugewendet ist, wie ihm nach dem Gesetz zusteht.

— Der letzte Satz des §. 2013 ist eine nothwendige Folgerung aus §. 2010 und §. 1994. —

Digitized by Google

§. 26 (2014).

Insoweit der Erbe nicht haftet, haftet der Beschenkte für die Befriedigung des außerordentlichen Pflichttheils. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe der einzige Pflichttheilsberechtigte ist.

§. 27 — wie §. 2015 des Entwurfs.

§. 28 — wie §. 2016 des Entwurfs.

§. 29 — wie §. 2017 des Entwurfs mit dem veränderten Eingange: Ist aus dem Gesammtgute eine Schenkung gemacht, so gilt diese u. s. w.

— Gesammtgut ist ein technischer Ausdruck und kann deshalb der Eingang, wie geschehen, abgekürzt werden. —

§. 30 — wie §. 2018 des Entwurfs.

Digitized by Google

4.

Das Individualrecht als Namenrecht.

Von **J. Kohler.**

§. 1.

Das Namenrecht kann nur als Zweig und Abtheilung des Individualrechts richtig erfaßt werden. Nicht der Name als solcher ist Gegenstand des Rechts: der Name ist Bezeichnung wie das Monogramm, wie das Pseudonym; aber Gegenstand des Rechts ist die eigene Person insofern, als die Person verlangen kann, daß Niemand sich irgend welcher Mittel bediene, um eine Verwechselung, eine Vermischung und Vermengung der Personen zu bewirken, so daß die eine Person für die andere, die Aeußerungen der einen Person für die Aeußerungen der anderen gelten. Ueber die Art dieses Rechts, über die Möglichkeit, daß das Ich als Subjekt zugleich die eigene Persönlichkeit als Objekt setze und daher ein Recht haben kann, dessen Gegenstand die eigene Persönlichkeit ist, habe ich an anderer Stelle gehandelt. Die Möglichkeit des Rechts ist mit der Möglichkeit der Selbstsetzung, des Selbstbewußtseins gegeben.[1])

Daraus geht hervor, daß die Anmaßung eines fremden Namens insoweit, als dadurch die individuelle Sonderheit gefährdet wird, als Rechtsangriff zu behandeln und mit einer actio zu verfolgen ist, welche mit der actio injuriarum die meiste Aehnlichkeit hat. Das

[1]) Autorrecht S. 129 fg., Recht des Markenschutzes S. 1 fg. 5 fg. und Recht an Zeitungstiteln (in Geller's Zentralblatt für die juristische Praxis) Sep.-Abdr. S. 4 fg.

Digitized by Google

gilt natürlich zunächst vom wirklichen Namen, von der offiziellen Bezeichnung der Person. Es gilt vom wirklichen Namen in allen relevanten juristischen Lebensakten, es gilt vom wirklichen Namen insbesondere auch im literarischen Verkehr.[2])

Daher darf auch ein Verleger, welchem das Autorrecht für alle Auflagen abgetreten ist und welcher eine neue Auflage durch einen Anderen bearbeiten läßt, dieselbe zwar unter dem Namen des Autors publiziren, aber nicht, ohne zu erklären, daß die neue Auflage von einem Andern bearbeitet worden ist — mindestens nicht ohne Zustimmung des Autors; und auch wenn der Autor diese Zustimmung im Voraus gegeben hätte, dürfte es der Verleger nicht, wenn dem Autor die neue Auflage nicht konvenirte und er sie daher nicht unter seinem Namen in die Welt gehen lassen wollte. Darin zeigt sich auf's Klarste der Unterschied von Autor- und Individualrecht. Vgl. meine Abhandlung in Busch's Archiv 47 S. 188. Der Autor darf nicht für die Unrichtigkeiten und Fehler eines Dritten mit seinem Namen verantwortlich werden, wenn er sie nicht auf sich genommen hat. So auch die englische Entscheidung Archbold v. Sweet bei Drone, Law of Property p. 377.

Der Name einer Person darf also nicht unberechtigter Weise, d. h. entgegen den Bestimmungen über Namenerwerb geführt werden. Eines ist übrigens zu bemerken: die Bestimmungen über Namenerwerb verbieten nicht, daß der Künstler, der Dichter, der Litterat ein Pseudonym erwählt. Aber diese Wahl wäre ein Unrecht, sobald der Künstler einen Namen gebrauchen würde, welcher wirklicher Name einer andern Person ist, sofern daraus eine Verwechslung mit dieser Person hervorgehen könnte. Treffend hat in dieser Beziehung das Seinetrib., v. 17. Dezember 1878 (Pataille Annales[3]) 1879 p. 172) entschieden. Es wird hervorgehoben, daß es nicht angehe: prendre pour lui-même quotidiennement une signature qui peut faire attribuer la paternité de ses oeuvres à celui dont le nom forme cette signa-

[2]) Vgl. die Citate in meinem Markenrecht S. 224. Ferner die Entscheidung Wright v. Tallis in Drone, Law of Property in Intellectual Productions p. 197, und neuerdings die Entscheidung des Tribunals Neapel vom 7. Juni 1889 (Rivista penale XXX p 95 f.) wegen Mißbrauch des Namens Melzi.

[3]) Anuales de la propriété industrielle artistique et littéraire . . . . . par Pataille.

Digitized by Google

ture, et l'exposer ainsi à la responsabilité de conceptions constamment nouvelles et imprévues.

Ebenso heißt es in den Entsch. des Seinetrib., v. 23. März 1882 (Pataille Annales 1882 p. 175, 179): l'emploi du nom de ces derniers n'avait pas moins pour conséquence la possibilité d'une confusion qui suffit pour légitimer leur action.

Und treffend sagt das Seinetrib., v. 16. März 1880 (Pataille 1880 p. 335, 336): que L. est le seul juge de l'usage qui doit être fait de son nom et ne saurait être tenu de couvrir des opinions qui ne sont pas les siennes.

In einer Entscheidung desselben Gerichts v. 1. April 1868 (Pataille 1869 p. 144) wurde gleichfalls hervorgehoben, daß ein solches Pseudonym peut entraîner . . . une confusion que ce dernier (der wahre Namenträger) est en droit de faire cesser.

Eine umgekehrte Frage ist es, ob das Pseudonym als solches den Schutz des Namenrechts, d. h. des Individualrechts der Personenbezeichnung genießt;[4]) dies ist zu bejahen, sofern das Pseudonym ein gerechtfertigtes ist: gerechtfertigt ist das Pseudonym in den üblichen Verkehrsschranken: im Geschäftsleben gilt kein Pseudonym, das reale Leben sträubt sich gegen die Phantastik des Verkleidens; aber Pseudonyme giebt es in der Künstler- und Schriftstellerwelt; hier ist die Verkleidung angebracht: der Autor darf hinter dem Kunstwerke zurücktreten, das liegt in der objektiven Natur des Kunstwerks begründet. Damit aber innerhalb dieser Schranken an dem Pseudonym ein individuelles Namenrecht entstehe, ist es nöthig, daß der Autor sich des Pseudonyms in einer solchen Weise bedient hat, daß ein lesendes Publikum mit dem Pseudonym eine bestimmte bekannte oder unbekannte Persönlichkeit verknüpft, so daß es ein jedes unter dem gleichen Pseudonym erscheinende Buch als das Buch desselben (persönlich bekannten oder unbekannten) Autors betrachtet. Daß das Publikum den Autor mit einer bestimmten bürgerlichen Persönlichkeit verknüpft, ist nicht nöthig: der Autor kann als unbekanntes X gelten; aber es muß eben dieses X als der Träger schriftstellerischer Werke von den übrigen Schriftstellern

[4]) Vgl. Blanc, de la contrefaçon p. 379, Rosmini, diritti d'autore p. 498 und die hier citirten.

Digitized by Google

unterschieden werden: es ist ein Versteckspiel, ein Maskenspiel, wobei die eine Maske von allen anderen unterschieden bleiben soll und das Recht hat, unterschieden zu bleiben.

Dieses Recht des Pseudonyms ist schon vielfach von der Jurisprudenz erkannt worden. Vgl. franz. Cass.-Hof, v. 6. Juni 1859 (Pataille 1859 p. 215): que F. T. . . . a pris, en 1838, le pseudonyme de Nadar; que depuis il a signé de ce pseudonyme toutes ses productions, et que ce nom de Nadar était incontestablement sa propriété. Ferner Appelhof Paris, v. 30. Dezember 1868 (Pataille 1869 p. 48) u. a. Ebenso der New-York Supreme Court v. Juni und Juli 1873 in Betreff des bekannten Schriftstellernamens Mark Twain (Coddington, Digest of the Law of Trade marks §. 886 p. 312).

Mehr Recht als der wirkliche Name giebt natürlich das Pseudonym nicht. Hat Jemand das Recht, die Novellen eines Autors zu publiziren, so hat er das Recht, sie unter seinem wirklichen, wie unter seinem Autornamen zu publiziren; denn es handelt sich ja hier überall nicht um Eigenthum am Namen, es handelt sich um die Bezeichnung, um die Richtigkeit der Autorschaft, um das Individualrecht des Autors. So die amerikanische Entsch. Clemens v. Belford (Myer, federal decisions XXV., Copyright §. 58 p. 972).[5])

Uebrigens kann das Pseudonym seine Bestimmung als Pseudonym, d. h. als Autornamen einer Person, ablegen und zum Zeitungs-

[5]) Vergleiche im übrigen die Citate in meinem Autorrecht S. 135, Markenrecht S. 224. Gegen die obige Entsch., Clemens v. Belford, könnte man geltend machen, daß der Autor vielleicht nur gewisse ausgewählte Sachen unter dem Pseudonym publiziren will, andere unter seinem wahren Namen; daß er vielleicht für wissenschaftliche Werke den einen, für belletristische den andern Namen führt, daß es daher ähnlich sein müsse, wie bei Marken, wo es ebenfalls nicht gestattet ist, die eigene Waare des Markenberechtigten, gegen seinen Willen, mit dessen Marke zu bezeichnen, Recht des Markenschutzes S. 289 fg. Allein diese Analogie würde zu zu weit führen; der Gebrauch der Marken ist etwas willkürliches, der Gebrauch eines Namens im literarischen Verkehr, sei es des wirklichen, sei es des Pseudonyms, durchaus üblich. Wer daher publiziren darf, der darf, wenn nichts anderes ausgemacht, unter dem Namen publiziren, unter welchem derartige Geisteserzeugnisse des Autors zu erscheinen pflegen. Anders natürlich, wenn bei Uebertragung des Autorrechts die Anonymität vorbehalten worden ist. Ein solcher Vorbehalt wirkt auch gegen Dritte, denn er hat nicht nur obligationsrechtlichen, sondern auch individualrechtlichen Belang: er verdeckt die Person des Autors.

Digitized by Google

titel bezw. zum Titel eines Theiles der Zeitung werden. Es kann sein, daß die Zeitung bestimmte Theile, z. B. Humoresken unter einem besonderen Titel veröffentlicht, und es ist bereits mehrfach Uebung geworden, solche Titel nicht an die Spitze, sondern an den Schluß des Artikels zu setzen, als ob alle diese Artikel von einer idealen Person herrührten, während sie von verschiedenen Redaktionsmitgliedern verfaßt sind. So war es mit dem Wort „Colombine" in dem Journal „Gil Blas". Hier liegt in der That ein in der Form des Pseudonyms auftretender Zeitungstitel bezw. Zeitungspartietitel vor, welcher den Regeln des Zeitungstitels folgt, so daß ein Redakteur, auch wenn er diese Artikel häufig, ja vielleicht Jahre lang immer geschrieben hat, nicht berechtigt ist, bei seinem Austritte aus der Zeitungsredaktion den Titel mitzunehmen; und daß andererseits der Nachfolger in der Redaktion unter dem gleichen Titel weiter schreiben kann. Vgl. hierüber Seinetrib. v. 24. Januar 1889 (Droit d'Auteur[6]) II. p. 140.) Allerdings kann, wenn etwa ein Redakteur lange Zeit immer allein die betreffenden Artikel verfaßt hat, der Schein entstehen, als wäre nun auch die Fortsetzung dieser Artikel von demselben Autor, auch nachdem er aus der Redaktion ausgetreten ist; es kann sein, daß das Publikum die Grenze zwischen Zeitungspartietitel und Pseudonym nicht erkennt und daher dem bisherigen Autor auch die Fortsetzung zuschreibt, was ihm, insbesondere wenn seine Autorschaft durchgesickert ist, unbequem werden kann. Aber dagegen kann er die Hülfsmittel des guten Glaubens gebrauchen; er kann in entsprechender Weise zur Oeffentlichkeit bringen, daß er nicht mehr der Verfasser der unter dem betreffenden Titel erscheinenden Darstellungen ist. Das citirte Urtheil spricht sich darüber aus, wie folgt: que le désagrément qu' il a pu éprouver par suite de ce fait devait entrer dans ses prévisions lorsqu'il a choisi un mode de production littéraire qui dissimulait sa personnalité en le laissant dans une certaine mesure à la merci d'une volonté étrangère; que d'ailleurs il peut, par des communications facilement accueillies par la presse, prévenir le public contre une confusion possible . . . . .

[6]) Organe officiel du Bureau de l'Union internationale pour la protection des Oeuvres littéraires et artistiques.

Digitized by Google

Einem solchen Autornamen vergleichbar ist das Künstlermonogramm. Der Künstler kann mit dem ganzen Namen zeichnen, er kann mit Initialen zeichnen oder mit einem gewählten Zeichen, z. B. einer Namensverschlingung. Auch hier ist es so: nicht das Monogramm an sich ist das geschützte, sondern die dahinter stehende Person, sofern durch eine falsche Monogrammzeichnung die Autorschaft des Bildes zu Unrecht zugetheilt wird. Darum hat ebenso sehr derjenige ein Recht zu reagiren, welchem das Monogramm gehört, d. h. welcher mit diesem Monogramm zu zeichnen pflegt und unter ihm bekannt ist, als auch derjenige, von welchem das Kunstwerk herrührt, das auf solche Weise einem anderen Autor zugeschrieben wird. Dies wird auch in der Jurisprudenz anerkannt.[7]) So Seinetrib., v. 15. Juni 1883 (Droit d'auteur III. p. 40); so Appellhof Paris, v. 20. November 1888 (Droit d'auteur III. p. 111). Der letztere Fall ist besonders interessant. Ein (nicht signirtes) Bild von Paul Huet war mit der Signatur Th. Rousseau's zum Verkauf ausgestellt worden; allerdings stand neben den Initialen Rousseau's das Wort d'après, aber klein und nicht so deutlich sichtbar. Der Sohn Huet's klagte, und dem Bilderhändler wurde verboten, das Bild unter einem anderen Namen als dem Huet's auszustellen und zu verkaufen. Hierbei wurde gesagt, daß der Sohn Huet's a un intérêt moral d'un ordre supérieur à défendre de toute atteinte et de toute usurpation la mémoire et la réputation artistique de son père; qu'en outre, en qualité de possesseur d'un certain nombre d'études, il a intérêt à faire rétablir la véritable origine de l'oeuvre. Der letztere Gesichtspunkt ist nicht zutreffend; wohl aber der erstere: verletzt ist das Individualrecht des Malers, und daß dieses, wie jedes andere Individualrecht, die Person auf einige Zeit überdauert, ist bereits anderwärts ausgeführt worden.[8]) Und da das Individualrecht verletzt ist, so ist eine negatorische Reaktion, ja eine Reaktion zur Erlangung einer Entschädigung (für idealen Schaden) gestattet, auch wenn kein Vermögensschaden eingetreten ist. Auch strafrechtlich ist man bereits gegen die Auf-

[7]) Ueber die Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer im Falle der Irrung auf Grund eines unrichtigen Monogramms vergl. meine Abh. in Ihering's Jahrb. XXVIII S. 261 f.

[8]) Autorrecht S. 146 f.

Digitized by Google

stellung falscher Monogramme eingeschritten. Die Bestimmung des deutschen Kunstwerksgesetzes §. 6 Z. 1 ist bekannt. Das neue italienische Strafgesetzbuch bestraft in a. 296 einen Jeden: chiunque contraffà o altera i nomi, marchii o segni distintivi delle opere dell' ingegno, mit Reklusion von 1 Monat bis zu 2 Jahren und mit Geldbuße zu 50—5000 Liren. In a. 297 ist von demjenigen die Rede, der solche Werke mit falscher Bezeichnung in Verkehr setzt: Werke mit falscher Bezeichnung ovvero con nomi, marchii o segni distintivi atti a indurre in inganno il compratore sull'origine o sulla qualità dell' opera . . . . .[9])

§. 2.

Ein anderweitiger Mißbrauch des Personennamens kann darin liegen, daß sich jemand des Namens einer bestimmten Individualität in einer Erzählung, einem Romane zur Bezeichnung einer handelnden Person bedient. Auch hier ist es nicht der Name an sich, welcher das Entscheidende bildet: eine Verletzung der Persönlichkeit liegt nicht schon dann vor, wenn ein Schriftsteller den Helden des Romans mit einem der Namen auftreten läßt, welche im bürgerlichen Leben üblich sind. Wohl aber liegt ein Eingriff in die Persönlichkeit dann vor, wenn sich ein Romanschriftsteller oder Dramatiker des Namens einer Person unter Umständen bedient, welche auf die betreffende Person hinweisen. Wer allerdings in der publizistischen Welt auftritt, muß sich gefallen lassen, daß er in das Gewebe eines Romans oder Dramas eingeflochten wird: er gehört der Geschichte an, auch wenn die Geschichte erst neuesten Datums ist. Wer aber keine historische Stellung hat, der kann verlangen, daß er nicht in das Gebiet öffentlicher Darstellungen aufgenommen wird, außer sofern dies (wie bei Faschingsscherzen[10]) hergebracht ist; und auch die historische Person braucht sich bezüglich des Privatlebens nicht in die Oeffentlichkeit ziehen zu lassen, außer soweit dies mit ihrer historischen Stellung zusammenhängt oder zur Charakteristik der Persönlichkeit dient.

[9]) Vergl. darüber Rosmini, Diritti d'autore p. 496 fg.

[10]) Soweit solche harmloser Natur sind und sich in den üblichen Grenzen halten, soll das Recht nicht dagegen einschreiten; das Recht hat nicht die Aufgabe, die berechtigten Lebensfreuden zu stören, soweit nicht höhere Interessen auf dem Spiele stehen.

Digitized by Google

Andererseits gilt auch bezüglich einer Privatperson dann eine Ausnahme, wenn ein Dritter ein legitimes Interesse hat, bestimmte Begebenheiten an die Oeffentlichkeit zu ziehen.[11])

Abgesehen von dem Gesagten, braucht Niemand sich gefallen zu lassen, daß ein Schriftsteller eine Person mit seinem Namen im Roman oder Drama auftreten läßt, sofern der Name in Verbindung mit der Umgebung und der Charakteristik der Persönlichkeit auf ihn hinweisen, und seine Person in der Idee des Lesers an die Stelle der Romanperson setzen würde. Dies ist aber auch Voraussetzung. Würde man es dem Romanschriftsteller nicht gestatten, übliche Namen zu wählen, müßte er etwa für Darstellungen aus unseren Kreisen des Kulturlebens sich indischer oder arabischer Namen bedienen, aus Furcht, in den Individualanspruch hineinzufallen, so würde man ihm die Möglichkeit benehmen, seinen Werken das treffende Lokalkolorit zu verleihen, welches zu den Hauptvorzügen solcher Darstellungen gehört. Ebensowenig darf es dem Autor benommen sein, den Schauplatz seiner Darstellungen beliebig wo zu wählen, und es können nicht etwa die Inhaber eines Hauses oder die Bewohner einer Straße hiergegen Einsprache thun — sofern eben nur alles vermieden wird, was auf eine Identifikation mit einer individuellen Person oder Familie hinführte oder eine individualisirende Allusion auf eine solche Person oder einen solchen Personenkreis enthielte.

Vorzüglich ist in dieser Beziehung eine Entscheidung des Seinetrib. vom 20. März 1872 (Pataille Annales 1872 p. 348, 349.) Es heißt hier: Attendu que si les lieux où Paul F. fait vivre la Goret sont situés dans la région qu'habite Goupil, si l'on peut admettre même que cette région et l'habitation de Goupil aient été présentes à la pensée de F. . . . . ., rien ne peut donner lieu de croire que l'auteur ait eu en vue soit la femme Goupil mère, soit Goupil lui-même; que, pour qu'il fût possible de le penser, il faudrait que le roman offrit une image travestie, mais reconnaissable, des moeurs, des habitudes, des sentiments des susnommés, des incidents de leur carrière . . . . . .

Mit Recht; wäre man hier zu peinlich, so würde man den Romanschriftsteller zwingen, seine Sittenbilder in imaginäre Orte,

[11]) Vgl. Autorrecht S. 143 fg. 146.

Digitized by Google

Straßen, Häuser zu legen, wodurch der ganze Lokalton höchlichst Noth leiden würde.

Anders ist es, wenn der Romanschriftsteller eine wirkliche Person charakterisirt und mit ihrem Namen aufführt; sollte hierbei auch nichts unehrenhaftes sein, so ist es doch eine herbe Störung, wenn das Privatleben auf solche Weise in das elektrische Licht der Oeffentlichkeit gestellt wird. Noch mehr gilt dies, wenn, wie natürlich, die kleinen oder großen Schwächen der Romanperson zur pikanten Darstellung kommen, oder wenn gar dieser Person ein häßlicher, verabscheuungswerther Charakter unterstellt wird. Wer auf solche Weise mit seinem Namen porträtirt wird, hat das Recht, hiergegen zu reagiren und zu verlangen, daß die Fortsetzung unterbleibt. Das würde auch gelten, wenn der Name nur mit kleinen Aenderungen wiedergegeben würde, oder wenn zwar ein anderer Name gesetzt, aber solche individuellen Züge des Lebens erwähnt würden, welche individuell auf die betreffende Person hindeuteten, — während die Aehnlichkeit oder gar Gleichheit des Charakters nicht hinreichen würde: der Romancier darf sich eines Modells bedienen, er muß es eben nur auf andere individuelle Basis stellen. Ebensowenig ist es ein Eingriff, wenn etwa ein Romancier (wie z. B. Bourget im Disciple) einen Untersuchungsrichter des Pariser Gerichtshofes auftreten läßt, wenn auch unter Zeitumständen, welche auf ein bestimmtes Jahr hindeuten; sofern nur eben der Name und die Hindeutung auf die individuellen Eigenheiten des wirklichen Untersuchungsrichters wegbleiben, sofern eben eine ganz andere Person geschildert, nicht der wirkliche Untersuchungsrichter kopirt wird. Denn der Untersuchungsrichter ist oft eine nothwendige Rolle des Romans, welche der Romancier ausfüllen muß, auch wenn er dem Stücke eine sehr prägnante Lokalisation giebt. Das stört an sich das Recht des betreffenden Richters nicht. Der Romancier kann in den Justizpalast, und wäre es das allbekannte Palais de Justice in Paris, eine Person als Untersuchungsrichter hineinsetzen, welche er will.

Würde zwar nicht ein bestimmtes Individuum charakterisirt, aber eine Romanfigur als Mitglied einer bestehenden Familie, als Sproß eines bestimmten Hauses bezeichnet, würde also diesem Hause eine Romanfigur als Mitglied unterstellt, welche nie vorhanden war, so wäre dies nicht eine Verletzung des Individualrechts als

Digitized by Google

des Rechtes des Ichseins, sondern es wäre eine Verletzung des Individualrechts als des Rechtes der Familienangehörigkeit, wovon unten (S. 92 f.) ausführlicher zu handeln sein wird.

Ueber das Recht der Reaktion gegen den Gebrauch von Name und Person im Roman und Drama sprechen mehrere französische Entscheidungen, von welchen die eine ganz besonders berühmt geworden ist. Darin wurden mehrere tiefe und richtige Gesichtspunkte aufgestellt, wie sich dies sofort ergeben wird; vorher noch eine Bemerkung:

Die Person kann reagiren, auch wenn ihr hierbei kein Vermögensnachtheil zugestoßen ist, denn ihr Personenrecht ist auch ohne Vermögensnachtheil verletzt; eine solche Verletzung würde selbst dann vorliegen, wenn gar die romanhafte Behandlung dazu beigetragen hätte, die Stellung der Person im Erwerbsleben zu begünstigen.

Treffend sagt daher die erste Entscheidung, Appellhof Lyon, vom 20. März 1877 (Pataille Annales 1877 p. 172, 173): l'application du nom d'une famille honorable à des personnages de roman, représentés sous des couleurs odieuses est une atteinte au respect de ce nom, qui, comme l'injure et la diffamation, produit par elle-même, par l'expression pénible qu'elle cause, et par les allusions qu'elle provoque, un préjudice moral dont la réparation doit nécessairement se résoudre en dommages-intérêts.

Eine besondere Berühmtheit hat der casus Duverdy contra Zola erlangt. Bei dem ersten Erscheinen der Pot-Bouille war von einem Appellationsgerichtsrath Duverdy die Rede. Dagegen erhob sich Duverdy, Anwalt am Appellhof zu Paris, und verlangte die Aenderung des Namens. Ihm wurde Recht gegeben. Hier war nicht nur der Name der Person übereinstimmend, hier wurde die Person in einen Kreis gestellt, welcher mit der Stellung des Klägers so viel Analogie bot, daß die Romanfigur in diesem Kleide durch nothwendige Gedankenkombination auf die wirkliche Person führen mußte; umsomehr als die Schilderungen Zolas aus eingehenden Naturstudien hervorgehen und daher von selbst dazu neigen, der Person nachzuforschen, welche die Motive gegeben habe. Daher wurde dem Naturalisten und der Zeitschrift, in welcher sein Roman erschien, aufgegeben, den Namen Duverdy zu ändern, dabei aber zugleich gesagt, que la suppression ordonnée ci-dessus

Digitized by Google

ne devra pas consister seulement à changer l'orthographe du nom en conservant la même consonnance (Seinetrib. vom 15. Februar 1882, Pataille 1882 p. 173, 175, Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 84 II p. 21).

Eine dritte Entſcheidung iſt juriſtiſch namentlich dadurch intereſſant, weil ſie das Recht ſtatuirt, ſogar post mortem zu reklamiren, ſofern nur eben der Tod erſt vor relativ kurzer Zeit erfolgt iſt, ſo daß die Perſon noch in der friſchen Erinnerung der Lebenden ſchwebt. Es iſt die Entſcheidung des Seinetribunals v. 13. November 1889 (Sirey, Recueil 90 II p. 119). In dem Journal Gil Blas erſchien ein Roman, in welchem eine vor kurzem geſtorbene Künſtlerin (artiste choréographe) mit ihrem Namen vorkam, in einer Weiſe, daß man darin eine Identifikation vermuthen konnte. Auf Klage der Eltern wurde entſchieden, daß der Name zu ändern ſei. Hierbei wurde ausgeführt: qu'il (der Verfaſſer) n'avait pas le droit de donner à l'un des personnages de son roman le nom de M. C., alors surtout que la personnalité de la demoiselle C., fille du demandeur, ne lui était pas inconnue; que le rôle joué par le personnage était un rôle honteux: que le nom de M. C. doit donc disparaître du roman; attendu . . . . que, si l'auteur d'un roman ou d'une oeuvre d'art ne saurait être autorisé à transporter dans cette oeuvre un portrait exact, et comme la photographie des personnes réellement existantes, il n'est pas justifié d'une ressemblance suffisamment complète . . . ., pour qu'il puisse résulter du rapprochement possible un préjudice sérieux pour les demandeurs.

Analog iſt der Fall, wenn ein Unternehmer eines Theaters, eines Ballhauſes u. ſ. w. ſein Inſtitut nach dem Namen einer Perſon benennt; auch dies iſt unſtatthaft, wenn von dem Namen auf irgend eine ſpezielle Individualität zu ſchließen iſt, welche dadurch unzuläſſigerweiſe mit Theatervorſtellungen, Vergnügungen, Amüſements in Beziehung geſetzt wird. Iſt der Name ſo geſetzt, daß der Schein erwächſt, als ob der Namenträger ſelbſt der Inhaber des Etabliſſements wäre, ſo iſt dies noch weniger zuläſſig: dies namentlich dann, wenn Jemand früher das Inſtitut geleitet hat und dann zurückgetreten iſt, ohne ihm den weiteren Namensgebrauch zu geſtatten. Hierüber iſt die Entſcheidung des Appellhofs

Digitized by Google

Paris vom 20. Juli 1879 (Sirey Recueil[12]) 80 II. p. 203) zu vergleichen.

§. 3.

Verhält es sich doch hiermit, wie mit dem Recht einer Person, zu verlangen, daß ihr Porträt nicht öffentlich ausgestellt werde. Auch hier gilt der Satz, daß Personen, die der Geschichte angehören, die sich im öffentlichen Getriebe bewegen, die Ausstellung des Porträts sich gefallen lassen müssen; nicht aber auch die Ausstellung einer Karrikatur — abgesehen von einer Karrikaturzeitschrift, in welcher nicht diese einzelne Person allein, sondern eine ganze Reihe von Zeitgenossen scherzhaft behandelt werden; denn solches nimmt der Karrikatur den höchst persönlichen Charakter: es liegt dann eben eine scherzhafte Behandlung der ganzen Zeitgeschichte vor. Auch die (nicht karrikirte) Ausstellung von Personen, welche zwar nicht im öffentlichen Leben thätig sind, aber als Schriftsteller oder Künstler sich Namen verschafft haben, so daß ein allgemeines berechtigtes Interesse nach persönlicher Kenntnißnahme vorhanden ist, darf nicht als unbefugt betrachtet werden. Etwas anderes ist es mit den bestellten Porträts: diese dürfen stets nur mit Genehmigung des Bestellers veröffentlicht werden, sofern bei der Bestellung nichts anderes bedungen wurde; denn wer ein Porträt bestellt, will es für sich, für seinen Kreis haben.

Auch hier giebt die französische Jurisprudenz eine Fülle von Entscheidungen.[13])

Eine neuere Entscheidung ist: Seinetrib., vom 20. Juni 1884 (Pataille 1888 p. 280 fg.): Ein Maler hatte Alexander Dumas Fils karrikirt und das Gemälde dem Publikum dargeboten. Das Gericht verbot, das Gemälde öffentlich auszustellen. Es sagt (ibid. p. 282): qu'Alexandre Dumas serait en droit de réclamer, alors même que le défendeur aurait emprunté ses traits sans aucune intention malveillante, et par cela seul que son autorisation n'aurait pas été obtenue; qu'à plus forte raison sa réclamation est justifiée, quand l'artiste a manifestement cédé à une pensée de dénigrement, dans le but de porter atteinte à sa considération.

---

[12]) Recueil général des lois et des arrêts.

[13]) Vgl. auch Vaunois in Pataille Annales 1888 p. 283 fg.

Digitized by Google

Hier ist das letztere richtig; das erstere geht zu weit: eine Person wie A. Dumas dürfte man malen und ausstellen, auch ohne seine Genehmigung, sofern es sich nicht um ein von ihm bestelltes Gemälde handelt: wer ein Gemälde bestellt und gar dabei selbst sitzt, erklärt (wie eben bemerkt) in einer für den Maler verbindlichen Weise, daß das Gemälde nicht der Publizität überantwortet werden soll, außer mit seiner Zustimmung,[14]) und diese Erklärung nimmt der Künstler dadurch an, daß er die Bestellung acceptirt: damit ist die Erklärung für jeden verbindend, das Individualrecht ist gewahrt. Eine Karrikatur dagegen, öffentlich ausgestellt, ist ein Akt, den sich auch eine bekannte Person in keiner Weise gefallen zu lassen braucht.

Daß eine Photographie nicht vertragswidrig ausgestellt und veräußert werden darf und daß gegen einen solchen Akt ein Ablassungsbefehl, eine injunction ergehen kann, hat auch neuerdings der englische Court of Appeal vom 20. Dezember 1888 (Solicitors Journal XXXIII. p. 140) anerkannt; er hat ausgesprochen, daß der Ablassungsbefehl stattfinden könne wegen breach of contract und of faith, auch abgesehen von 25, 26 Vict. c. 68 s. 1.[15])

Hier ist insbesondere gesagt: The photographer who uses the negative to produce other copies for his own use without authority, is abusing the power confidentially placed in his hands merely for the purpose of supplying the customer; and further, I hold that the bargain between the customer and the photographer includes, by implication, an agreement that the prints taken from the negative are to be appropriated to the use of the customer only.

Daß der Vertrag des Bestellers mit dem Photographen, wonach das Bild nicht publizirt werden soll, für das Publikum bindend ist, davon geht auch die Entscheidung des Seinetrib. vom 16. Juni 1858 (Pataille 1858 p. 250) aus. Es handelte sich um ein Porträt der Rachel auf dem Todtenbett. Das Bild war nur für die Familie bestellt worden; eine Reproduktion wurde öffentlich zum Verkauf

[14]) Daher soll auch nach deutschem Recht das Kunstwerkrecht (bei Photographien das Photographierecht) auf den Besteller übergehen (§ 8 Kunstwerkgesetz, §. 7 Photographiegesetz).

[15]) Nach diesem Gesetz soll das copyright einer Photographie übergehen to the person for or on whose behalf the same shall have been made or executed.

Digitized by Google

ausgestellt, eine Reproduktion, welche mit wenigen Abänderungen der Photographie folgte. Auf Ansuchen der Familie wurde der Verkauf inhibirt.

In der Entscheidung vom 25. Mai 1867 (Pataille 1867 p. 248) hat der Appellhof Paris angenommen, daß die dem Photographen gegebene Erlaubniß zum Verkauf des Bildes mit Wirksamkeit zurückgezogen werden könne, unter der Bedingung, den Photographen zu entschädigen. Dies geht zu weit. Das Recht des Vertriebes muß, wenn nichts besonderes bestimmt ist, ebenso wie bei Autorwerken, als definitive Rechtseinräumung, nicht als bloße Toleranz — auch nicht als Toleranz unter Entschädigungsvorbehalt — betrachtet werden.

Etwas zu weit scheint auch die Entscheidung des Appellhofes Paris vom 8. Juli 1887 (Pataille 1888 p. 286, 288) zu gehen, wo ein Schauspieldirektor den Darsteller einer Rolle theils einzeln, theils in der Rollengruppe ausgestellt hatte, ohne seine Genehmigung. Man nahm an, daß der Schauspieler gegen die öffentliche Ausstellung der Gruppe nichts machen könne, aber die Einzeldarstellung sich nicht gefallen zu lassen brauche. Das geht zu weit: denn der Schauspieler ist eine in der Oeffentlichkeit wirkende Persönlichkeit, die gegen die Ausstellung eines Porträts nichts einwenden darf, sofern sie es nicht selbst auf Bestellung hat machen lassen. Immerhin ist hier die richtige Idee ausgesprochen, daß, wenn das Porträt nicht vereinzelt ist, wenn es im Zusammenhange einer ganzen Gruppe eine „Rolle" spielt, die Darstellung das speziell Persönliche verliert; weshalb eine Darstellung in einer Gruppe gestattet sein kann, selbst wenn man sich eine Einzeldarstellung nicht gefallen zu lassen braucht; solche Gruppenbilder haben nicht ein caractère personnel suffisamment précisé (vgl. oben S. 88).

Andere Entscheidungen, in welchen ebenfalls das Recht anerkannt wurde, eine Publikation des Porträts zu verbieten, jedoch unter Berücksichtigung der Umstände des Falles, sind: Seinetrib., vom 1. November 1859, 14. März 1860, 27. April 1860 (Pataille 1860 p. 168, 171, 174).

Von höchstem Interesse aber ist die Entscheidung des Seinetrib. v. 5. Dez. 1877 (Pataille 1878 p. 92, 95). Es handelte sich um Skizzen, welche Ingres zu einem Porträt der Frau M. genommen

Digitized by Google

hatte. Das Porträt selbst war auf Bestellung gefertigt und ihrem Manne abgeliefert worden. Nach dem Tode des Malers sollte die Skizze zur Veräußerung ausgestellt werden. M. protestirte und behauptete, kraft des Vertrags Anrecht auf die Skizze zu haben. Das Seinetrib. entschied, daß der Besteller nur ein Anrecht auf das Bild, nicht auf die Skizzen habe, daß dagegen die Erben Ingres' nicht berechtigt seien, die Skizze zum Verkaufe auszustellen. Es wurde hingewiesen auf den respect dû à l'inviolabilité du foyer domestique; que cette inviolabilité serait atteinte si l'image de la mère de famille pouvait être livrée à la publicité d'une exposition d'enchères banales . . .

Dieses ist richtig: es gilt während Lebzeiten der porträtirten Person; nach ihrem Tode erlischt das Individualrecht in dieser Beziehung, allerdings nicht sofort, sondern nach entsprechender Zeit,[16]) deren gesetzliche Feststellung wünschenswerth wäre.

§. 4.

Schon oben (S. 88 f.) ist von Verträgen bezüglich der Individualrechte die Rede gewesen, soweit dieses Recht sich auf die Geheimhaltung der leiblichen Offenbarung des Individuums, auf die Geheimhaltung des Porträts bezieht. Es fragt sich, ob überhaupt Verträge über das Individualrecht möglich sind, insbesondere in der Richtung, daß der Berechtigte von seinem Rechte etwas nachläßt oder sich gar desselben zu Gunsten eines Dritten begiebt. Hier muß gesagt werden: das Individualrecht ist nur in einzelnen Ausgestaltungen verzichtbar, soweit eine solche Verzichtserklärung mit der Bestimmung der Persönlichkeit und ihrer Stellung im Rechtsleben verträglich ist. Daher kann immerhin eine Person es gestatten, daß eine andere ihre Individualität im Roman kopirt oder sonst in einer Weise zur Darstellung bringt, wie es außerdem nicht gestattet wäre; denn diese Schranke des Individualrechts ist keine absolute: jeder Einzelne hat das Recht, sich öffentlich darzustellen und auszustellen. Noch mehr hat der Einzelne das Recht, es zu gestatten, daß sein Bild an die Oeffentlichkeit gebracht wird. Davon ist bereits oben (S. 88 f.) gesprochen worden. Dagegen ist eine Gestattung, den nämlichen Namen zu führen, natürlich soweit unwirksam, als die Führung

[16]) Vgl. Autorrecht S. 146 fg.

Digitized by Google

des fremden Namens zugleich eine Widerrechtlichkeit gegen die soziale Ordnung enthielte. Aber die Gestattung, welche ich Jemanden gebe, meinen bürgerlichen Namen als Pseudonym zu gebrauchen, fällt nicht in die Sphäre dieses Verbotes, da ein solcher Gebrauch eines Pseudonyms im Kreise der Literatur und Kunst nicht gegen die öffentliche Ordnung verstößt; immerhin aber wird anzunehmen sein, daß eine solche Gestattung nur rebus sic stantibus wirkt und ex justa causa zurückgezogen werden kann: innerhalb dieser Beschränkung ist eine solche Gestattung giltig. Vgl. Seinetrib., v. 23. Januar 1878 (Pataille 1878 p. 47).

Noch weniger bedenklich ist die Gestattung, daß ein Zeitungstitel als Pseudonym einer Einzelperson verwendet wird. Dieses kann namentlich in der Weise erfolgen, daß ein Partialzeitungstitel, ein Titel der oben (S. 80 f.) bezeichneten Weise einem Redakteur als Individualtitel, zur Individualbezeichnung belassen wird; vorbehaltlich natürlich des Rechtes, die entsprechenden Erklärungen in der Presse zu geben, welche zu Abwendungen von Mißverständnissen dienen können; ist es ja auch gestattet, einen Zeitungstitel als Zeitungstitel zu veräußern.[17]) Vgl. das oben (S. 81) zitirte Urtheil betreffend Colombine und Gil Blas.

§. 5.

Eine besondere Weise des Individualrechts ist das Namenrecht — nicht des Individuums, sondern der Familie, d. h. eines jeden Familiengenossen kraft seiner Familienangehörigkeit. Wenn nämlich ein Dritter den Namen einer Familie annimmt, so kann es geschehen in einer Weise, daß nicht eine Verwechselung mit irgend einem Gliede der Familie erfolgen kann, daß aber die Anschauung entsteht, als ob er ein Mitglied der betreffenden Familie wäre: die konfundirende Wirkung bezieht sich hier nicht auf das Ich-Sein, auf die Individualität als solche; aber sie bezieht sich auf die Familienzugehörigkeit der Person. Dagegen kann jedes Mitglied der Familie auftreten. Denn das Individualrecht eines jeden Mitgliedes geht nicht

[17]) Autorrecht S. 136 fg. Recht an Zeitungstiteln S. 19 fg. Dort ist auch ausgeführt, daß eine solche Veräußerung nicht als translatives Geschäft zu fassen ist, sondern als eine Ablassung zum Zwecke des originären Neuerwerbes.

Digitized by Google

nur dahin, daß es als Persönlichkeit von allen andern Personen unterschieden bleibt, sondern auch daß seine Familienzugehörigkeit respektirt wird, daß sich nicht ein Dritter eine Zugehörigkeit zur Familie und damit eine Zugehörigkeit zu ihm selbst anmaßt, welche der Wahrheit nicht entspricht. Jedermann ist nicht nur Individuum, sondern auch Glied eines Familienverbandes, und Jedermann hat das Recht, zu verlangen, daß er nicht nur als selbständiges Individuum, sondern auch als Glied der Familie respektirt und nicht mit Personen in einen Verband gestellt wird, die mit ihm keine familiäre Beziehung haben.[18])

Auch hier muß man sich von dem formalen Standpunkte losmachen, als ob es ein Eigenthum an dem Namen als solchem gebe; der Name ist wie die Marke nur das Charakteristikum der Person, und zwar der Person in ihrer Individualität und der Person in ihrem Familienverbande; und wenn durch Annahme des Namens ein Recht verletzt wird, so ist es eben das Recht der Person, welche durch das Medium des Namens berührt und in ihrem Interesse gekränkt wird. Eine solche Verletzung des Rechts der Person durch das Medium des Namens kann nach unserem Namensystem in diesen beiden Richtungen hin erfolgen, weil wir einmal Individualnamen haben, und weil sodann unsere Namen zugleich Gentilnamen sind, Namen, welche den Verband der Personen zu einer Familie bezeichnen.

Daß es nicht der Name, sondern die Sache ist, auf welche es ankommt, wird sofort klar, wenn wir uns ein Namensystem denken, welches der Gentilnamen entbehrt: dann wird die Gleichstellung des Namens keine Zusammengehörigkeit zur Familie bekunden können; dann kann von einem Schutze gegen Namensgleichheit nur vom Standpunkte der Individualunterscheidung gesprochen werden.

Dieses geht auch aus der Geschichte der Gentilnamen hervor denn auch hier ist es immer der eine Gedanke, daß durch die Namensgleichstellung eine Familienbeziehung angemaßt oder gar geschaffen werde, welcher die Materie durchzieht: durch die verschiedenen Stadien in der Entwickelung des Familiennamens geht stets der gemeinsame

[18]) Recht des Markenschutzes S. 9 fg.

Digitized by Google

Zug: gleiche Namen, gleicher Zusammenhang, und dieser Zusammenhang ist es, den sich kein Dritter anmaßen darf.

Die Gentilnamen sind aus den Patronymica hervorgegangenen. Patronymica in der Art, daß die Kinder nach einem der Vorfahren benannt werden, finden sich überall auf dem Erdballe; das hängt mehr oder minder mit dem Glauben zusammen, daß die Seele des Vorfahren in das Kind eingetreten sei; weßhalb es unstatthaft wäre, das Kind nach einer fremden Familie zu benennen und daher quasi die fremde Seele an sich zu ziehen. Vgl. die Beispiele in meinem Recht des Markenschutzes S. 10. Andere Beispiele sind folgende: Es wäre bei den Samojeden tödtliche Beleidigung, den Namen aus einer fremden Familie zu nehmen ohne deren Zustimmung, Pallas, Voyages V p. 175 fg.; in Loango ist es gebräuchlich, bei Beerbung eines Andern den Namen desselben anzunehmen (also successio in personam defuncti!), Du Chaillu, Journey to Ashonga Land p. 429; auf den Pelauinseln bekommt das Kind den Namen eines Verwandten, welcher nun zu ihm in näheres Verhältniß tritt, Kubary, Soziale Einrichtung der Pelauer S. 57; bei den Tlinkitindianern führt das Kind den Namen eines mütterlichen, später eines väterlichen Ahnherrn, Krause, Tlinkitindianer S. 217; bei den Kandhs in Orissa wird das Kind nach einem der Vorfahren benannt, dessen Seele in das Kind eingezogen ist, welch' letzteres in Ordalsweise erkundet wird, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft VIII S. 266 u. a.

Sehr häufig ist der Namentausch unter Blutsbrüdern und Freunden, bezw. die Annahme eines befreundeten Namens: dies schafft einen engeren socialen quasi verwandschaftlichen Verband; z. B. bei den Australnegern, Andree, Globus XXXII. S. 74, in Westafrika, Lenz, Westafrika S. 205 u. f. w. Allüberall hängt hier der Name mit der sozialen Verbindung der Personen zusammen, allüberall ist es hier die Verletzung des sozialen Verbandes, welche dadurch erfolgt, daß Jemand sich den Namen unbefugter Weise anmaßt.

Und denken wir uns weiter die Möglichkeit, daß dieser Gentilzusammenhang in anderer Art zum öffentlichen Ausdruck kommt: durch ein besonderes Siegel, ein Familienwappen, oder, wie bei den Schotten, durch ein besonderes Kleidungsdessin, oder, wie bei wilden Völkern, durch das Totemzeichen — so kann ein Eingriff in das

Digitized by Google

Individualrecht der Familienangehörigkeit erfolgen, auch ohne das Medium des Namens. Sagt man wie Goethe: Name ist Rauch, so ist zu sagen, daß allerdings das Wort an sich es nicht ist, welches Bedeutung hat, sondern die Funktion, welche die Menschheit in ihren sozialen Verhältnissen dem Worte beilegt: hat aber das Eigenwort eine solche Funktion, so ist es insofern bedeutsam, ebenso wie das Gemeinwort es dadurch ist, daß es im Sprachgebrauch einen bestimmten Begriff repräsentirt.

Das alles ist besonders deshalb von Wichtigkeit, weil unser Namensystem seine Unvollkommenheiten hat und darum nur unvollkommen in der Lage ist, die Gentilgliederung des Volkes zum Ausdruck zu bringen.[19]) Nimmt daher Jemand einen fremden Namen an, so ist damit noch nicht gesagt, daß hieraus der Schein einer Zusammengehörigkeit mit einer bestimmten gleichnamigen Familie hervorgeht. Es giebt Namen, welche von einer solchen Menge von Familien geführt werden, daß der Gleichklang noch nicht eine Anmaßung der Zusammengehörigkeit enthält. Das alles ist eine Frage des einzelnen Falles. Ein solches Handeln kann immerhin gegen die öffentliche Ordnung verstoßen und staatlich reprobirt werden; ob aber die einzelne Familie ein Reaktionsrecht hat, richtet sich darnach, ob der soziale Verkehr aus dem Gleichklang eine Zusammenhörigkeit ableiten wird. Das wird bei seltenen Namen, insbesondere bei adlichen Namen u. s. w., viel mehr der Fall sein, als sonst. Aber auch der Name Meyer könnte einen Eingriff enthalten, wenn etwa eine geschiedene Frau widerrechtlich den Namen weiter führen würde, oder wenn Jemand mit der Behauptung, Adoptivsohn zu sein, diesen Namen führte. Nichts ist sicherer, als daß, wenn ein uneheliches Kind oder eine geschiedene Frau sich widerrechtlich des Familiennamens bedient, hiergegen verbietend eingeschritten werden darf.[20])

Ueberall entscheidet nicht die Form, sondern die Sache, der Kern, nicht die äußerliche Hülle. Ein Eingriff in das Individualrecht des Gentilzusammenhanges durch Annahme des Gentilnamens

[19]) Anders ist es bei den Chinesen. Vgl. über deren Familiengliederung meine Rechtsvgl. Studien S. 180, und Zeitschr. f. vgl. Rechtswissensch. VI S. 371, 378.

[20]) Vgl. die Entsch. in diesem Arch. II S. 240.

Digitized by Google

wird daher dann vorliegen, wenn diese Annahme an sich widerrechtlich ist, d. h. ohne Rechtstitel erfolgt, und wenn sie unter Umständen geschieht, welche geeignet sind, im Publikum die Meinung eines solchen Gentilzusammenhanges zu erregen.

Die widerrechtliche Annahme kann eine bewußt oder unbewußt widerrechtliche sein, letzteres, sofern sie auf Grund eines die Namensführung scheinbar rechtfertigenden Umstandes erfolgt. Die bewußte Widerrechtlichkeit kann wieder eine tendenziöse oder eine naive sein: ersteres dann, wenn die Annahme des Namens in der Absicht geschieht, als Mitglied der Familie gelten zu wollen, zweites, wenn ohne dieselbe.

Die Reaktion des Rechts richtet sich nun gegen jeden Eingriff in das Individualrecht, d. h. gegen jede objektiv widerrechtliche Annahme des Namens, welche den Erfolg hat, den Schein der Gentilzusammengehörigkeit zu erwecken. Die Reaktion richtet sich gegen die schuldhaften wie gegen die nicht schuldhaften Eingriffe, gegen die tendenziösen wie gegen die naiven; natürlich gegen die tendenziösen zumeist. Bei schuldhaftem Eingriff kann auch ein Schadenersatz begehrt werden (und wäre es auch nur wegen des idealen Schadens), bei nicht schuldhafter Verletzung kann nur negatorisch geklagt werden, d. h. auf Ablassung, auf künftigen Nichtgebrauch, auf künftige Unterlassung der konfundirenden Namensführung.

Es handelt sich hierbei um die Namensführung im weitesten Sinne, es handelt sich insbesondere auch um die Namensführung im Standesregister. Daher kann der Anspruch insbesondere auch dahin gehen, daß der Beklagte dazu einwillige, daß der Name aus den Registern gestrichen, daß die Register in registermäßiger Weise korrigirt werden. Oder umgekehrt, wenn Jemand widerrechtlich die Modifikation des Registers verlangt, so kann der Anspruch dahin gehen, daß diese Modifikation unterbleibe.

Ein Eingriff liegt, wie bereits bemerkt, immer nur in dem widerrechtlichen Gebrauche des Namens, d. h. in dem Gebrauch gegen die Gesetze der Namensordnung. Wer einen Namen rechtmäßig erworben hat, gegen den kann nicht auf Ablassung geklagt werden. Ein rechtmäßiger Erwerb kann aber erfolgen durch Familienverbindung (Abstammung, Heirath, Adoption), durch staatliche Verleihung, endlich durch den langjährigen öffentlichen Gebrauch in

Digitized by Google

Zeiten, in welchen eine formale Regelung des Namenwesens noch nicht oder nur erst in unvollkommener Weise bestanden hat.

Führt Jemand den Namen auf Grund eines solchen rechtmäßigen Titels, so kann die Führung an sich niemals ein Eingriff in das fremde Recht sein; sondern die Führung ist Ausübung des eigenen Rechts. Allerdings kann trotzdem ein Eingriff in das Individualrecht des Gentilzusammenhanges stattfinden: allein nicht durch Führung des Namens an sich, sondern durch ein anderweitiges Gebahren, welches einen Zusammenhang mit der Familie prätendirt und dem Namen eine Bedeutung beimißt, welche er an sich hat. Es gilt auch hier das materielle Prinzip des Individualrechts: nicht der Namensgebrauch an sich, sondern die Einwirkung auf die Mitwelt, die soziale Aktion des Individuums ist das Wesentliche. Der widerrechtliche Namensgebrauch kann eine Art dieser Aktion sein — eine Art neben vielen anderen.

Berechtigt zur negatorischen Klage ist ein jedes Mitglied der Familie, in deren Kreis der Dritte einzutreten sucht: die Verletzung richtet sich gegen jedes Familienmitglied.[21]) Insbesondere kann auch eine Frau klagen, obgleich sie durch die Ehe einen anderen Namen angenommen hat: allein ihr ursprünglicher Name ist ihr dadurch nicht genommen, er ist nur dadurch im gewissen Maße latent geworden. Klagen mehrere Familienmitglieder zusammen, so ist die Streitgenossenschaft eine materielle, d. h. die Entscheidung muß für alle Mitglieder einheitlich ausfallen. Sehr zuträglich wäre es, im Falle der Klageerhebung durch das eine Familienmitglied, es zu gestatten, daß der Beklagte die übrigen Familienmitglieder beiladet, auf daß die Entscheidung ihnen allen gegenüber wirksam werde; analog dem §. 753 C.-P.-O.

Berechtigt zur Reaktion ist der Inländer wie der Ausländer: auch des Ausländers Individualrecht ist zu schützen.

§. 6.

Ganz besonders belehrend ist die französische Jurisprudenz, auf welche hier des näheren eingegangen werden soll; denn die richtigen Grundsätze sind hier meisterhaft vertreten: handelt es sich doch

[21]) Recht des Markenschutzes S. 10.

Digitized by Google

um eine Frage, welche die französische Jurisprudenz schon seit Jahrhunderten bewegt. Die Gesetzgebung, wie der Gerichtsgebrauch und die Rechtsprechung haben hier eingegriffen. Was die Gesetzgebung bis zur Neuzeit betrifft, so ist Folgendes zu bemerken:

Auch vor der Periode der Revolution gab es Gesetze über die Gentilnamen in Frankreich, insbesondere über die Terrainnamen, welche sich die Grundbesitzer und Grundherren beilegten. Und zwar besagte die Ordonnance von Amboise vom 26. März 1555 Art. 8 Folgendes[22]: que, pour éviter la supposition des noms et des armes, défenses sont faites à toutes personnes de ne changer leurs noms et armes sans avoir nos lettres de dispenses et permission, sur peine d'être pugnis comme faulsaire, et d'être exauthorez de tout degré et privilège de noblesse.

Dies fruchtete nicht; darauf folgte die Ordonnance Ludwigs XIV. von 1629, welche im Art. 211 besagte[23]: Enjoignons aux gentilshommes de signer du nom de leurs familles et non de celui de leurs seigneuries, en tous actes et contrats qu'ils feront, à peine de nullité desdits actes et contrats.

Dazu kamen Edikte und Deklarationen vom Januar 1634, vom 4. September 1696,[24]) 3. März 1699, 8. Dezember 1699, wornach die Adelstitel konstatirt und die angemaßten Titel kassirt werden sollten; sodann verschiedene Gesetze der Zwischenzeit.

Trotz aller Verbote war es bis zur Revolution allgemein Uebung der Grundbesitzer gewesen, den Namen des Grundbesitzes dem eigenen Namen beizulegen, und viele maßten sich auf solche Weise einen Adel an, zu dem sie nicht berechtigt waren; hiergegen haben alle genannten Verordnungen und Dekrete keine durchgreifende Abhülfe gebracht. Und der Gerichtsgebrauch hat den diuturnus usus bis zur Revolutionszeit anerkannt: Gebrauch, Gewohnheit, richterliche Anerkennung haben ein Recht gebildet, wenn auch im

[22]) Recueil des anciennes lois françaises XX. p. 333.

[23]) Ibid. XVI. p. 282.

[24]) . . . . tous lesquels usurpateurs seront assignez . . . . ., pour se voir condamner au payement de deux mil livres d'amende, et aux restitutions pour les induës, exemptions de tailles, et autres charges des Paroisses de leurs demeures . . . . . Handelte es sich doch namentlich darum, daß man sich hierdurch den Abgaben und Grundlasten entzog.

Digitized by Google

Gegensatz zu dem geschriebenen Recht. Allerdings wurde dabei regelmäßig festgehalten, daß das Land eine terre noble, nicht roturière und censuelle sei und daß der Grundherr auch die Gerichtsbarkeit haben müsse.[25])

Das Recht des auf solche Weise legitimirten Namenträgers, gegen einen unberechtigten Usurpanten auf Ablassung von dem Gebrauche des usurpirten Namens und Titels zu klagen, — sofern dadurch der falsche Schein der Familienzugehörigkeit entsteht —, hat bereits die ältere französische Jurisprudenz anerkannt. Eine berühmte Entscheidung dieser Art erfolgte im Falle Crequi gegen Le Jeune, welcher am 1. Februar 1781 vor dem Pariser Parlament zum Urtheil kam.[26])

Von da an finden sich französische Entscheidungen bis in die neueste Zeit. Daß sie das Namenrecht als Eigenthumsrecht (statt Individualrecht) zu charakterisiren pflegen, ist Denkform, die bei dem Takte der französischen Juristen selten zu falschen Konsequenzen führt. Dabei wird anerkannt, daß der Name zur Charakteristik der Persönlichkeit und ihres Familienzusammenhangs dient, und daß daher ein jedes Familienmitglied, welches den Namen trägt, klagen kann; es wird anerkannt, daß die Familienangehörigkeit an sich schon ein genügendes Interesse bietet und es keines weiteren Interessenachweises zur Klageerhebung bedarf, insbesondere keines Vermögensinteresses; bedarf es ja schon bei der Eigenthumsnegatoria keines weiteren Nachweises, als daß eine bestimmte Thätigkeit in das Eigenthum hineinreicht: bedarf es doch auch hier keines positiven Vermögensschadens und keines Nachweises eines solchen;[27]) um so weniger, wenn von Haus aus nicht Eigenthum, sondern Individualrecht in Frage steht.

So besagt bereits am 7. germin. XII der Appellhof Paris (Dalloz, Rép. Alph.[28]) v. nom nr. 46 Note 1): que le nom patronymique est une propriété de la famille qui le porte, laquelle, par conséquent, a le droit de s'opposer à ce qu'aucun individu

[25]) Das nähere gehört nicht hierher; vgl. die in Dalloz, Rec. Pér. 89 II p. 270 zitirte Literatur.

[26]) Merlin, Répertoire v. Nom §. III No. 6; Dalloz, Rép. alphab. v. Nom No. 49 und die dort zitirten.

[27]) Vgl. meine Abhandl. in Busch's Arch. 47 S. 184 f.

[28]) Répertoire méthodique et alphabétique de Législation et de Jurisprudence.

Digitized by Google

s'en empare sans un titre exprès et légal. Dabei wird anerkannt, daß ce genre de propriété intéresse aussi l'ordre public; trotzdem gelte der Satz: s'attribuer un nom pour s'agréger à une famille n'est par un délit public, mais seulement une infraction à la loi civile, dont les parties intéressées ont droit de se plaindre. Ebenso besagt Appellhof Paris, v. 4. Dez. 1863, in Bestätigung des Untergerichts (Sirey Recueil 66 I. pag. 435): le nom patronymique d'une famille est pour elle une propriété qui lui donne le droit de s'opposer à ce que ce nom soit porté par une autre famille qui n'y serait point dûment autorisée, soit seul, soit par addition au nom patronymique de cette famille — —

Ebenso heißt es in einer Entscheidung des Appellhofes Bordeaux, v. 4. Juni 1862 (Sirey 63 II. p. 6): attendu que le nom est une propriété, un des éléments constitutifs de la personnalité civile, et le signe distinctif des individus et des familles; attendu que le demandeur justifie qu'il est membre de la famille à laquelle appartient le nom de C. . . .; attendu, par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'apprécier le mobile de son action, qu'il est recevable à poursuivre ceux qui portent ce nom sans en avoir le droit . . .

Wie sehr dabei der Charakter des Namens als Charakterisirungsmittel der Person in Betracht kommt, geht aus der Entscheidung des Appellhofes Rennes v. 20. April 1880 (Sirey 81 II. 30) hervor. Ein Brossaud de J. hatte sich mitunter blos de J. oder comte de J. genannt; hiergegen hatte Leclerc de J. Klage erhoben. Das Untergericht hatte entschieden, daß der Beklagte den Namen Brossaud de J. führen dürfe, nicht aber de J. schlechtweg: que la prétention du demandeur, mal fondée en tant qu'il dénie absolument au défendeur le droit de s'appeler Brossaud de J., se trouve du moins justifiée en ce que ce dernier a pris quelquefois le seul nom de J. sans le faire précéder de celui de Brossaud; und der Appellhof legte Gewicht darauf, daß der Beklagte: en prenant sans droit le nom de comte de J., a cherché à établir entre deux familles absolument étrangères une confusion préjudiciable à l'appelant . . .

Das Namensrecht kann auf Verleihung beruhen, es kann beruhen auf langjährigem Besitzstande aus der Zeit vor der Revolution, insbesondere, da es trotz aller königlichen Verordnungen üblich

Digitized by Google

war, den Namen des Gutes dem Geschlechtsnamen beizufügen. Nur ist es nöthig, daß die Beifügung wirklich stattgefunden hat, in konsequenter konstanter Weise; daß sie stattgefunden hat in der Art, daß der Beiname als Theil des Namens galt.

Schon der Appellhof Nimes, vom 7. Juli 1829 (Sirey, Recueil 30 II. p. 4) nimmt (unter Adoption der Entscheidungsgründe des Untergerichts) an, daß on ne pourrait, sans une extension, qui n'est pas dans la loi, et contre un usage universel, faire aujourd'hui des défenses, et interdire ce que le législateur d'alors ne contrariait pas (ib. p. 5).

Aehnlich besagt der Appellhof Montpellier, v. 29. Mai 1855 (unter Bestätigung des Erstinstanzurtheils mit Motiven): on ne saurait aujourd'hui, sans une extension qui n'est pas dans la loi et sans apporter les complications les plus graves dans une foule d'actes, faire défense de supprimer ces additions lorsque les familles qui les portent en ont une possession constante, remontant à un temps très-reculé et continuée sans interruption jusqu'à nos jours . . . (Sirey, Recueil 56 II. p. 403.)

Ebenso erklärt der Appellhof Orléans, v. 1. August 1863 (Sirey 64 II. p. 101, 102): que, sous le régime féodal, les possesseurs de fiefs nobles pouvaient joindre à leurs noms de famille le nom de leurs fiefs, et que ces additions peuvent être aujourd'hui consacrées et reconnues par la justice, lorsqu'il résulte des documents produits que ces noms de fiefs ont été réellement ajoutés au nom de famille, qu'ils s'y sont incorporés . . .

Vorzüglich wird das Prinzip vom Kass.-Hof, v. 10. März 1862 (Sirey 62 I. p. 593, 596) ausgesprochen: que, sous l'ancienne législation, et par application des usages du régime féodal, il était permis aux possesseurs de fiefs ou terres nobles, de joindre à leurs noms de famille le nom de leurs terres ou fiefs; que cette addition de noms pouvait, par un laps de temps suffisant pour témoigner la persistance de volonté du propriétaire, s'incorporer aux noms de famille, et former ainsi un nouveau nom patronymique. Vergl. auch schon Kass.-Hof, v. 15. Dezember 1845 (Sirey 46 I. 81, 86); ferner Kass.-Hof., v. 20. November 1866 (Sirey 66 I. p. 419.)

Digitized by Google

Daher konnte es kommen, daß zwei Familien, welche hinter einander im Besitze eines Gutes gewesen sind, denselben Beinamen führen. So Kass.-Hof, v. 14. November 1832 (Sirey 33 I. 324), Appellhof Riom, v. 9. Januar 1865 (Sirey 65 II. 7): sofern eben beide Familien auf Grund dieses Besitzes vor Alters den Namen des Gutes zu tragen angefangen haben; während der Umstand, daß eine Familie im Besitze eines Gutes ist oder gewesen ist und daher ehedem den Namen hätte annehmen können, nicht genügt, um den Namen nachträglich zu adoptiren; so Ordonnance v. 15. Dezember 1815 (Sirey 16 II. 33).

Der Charakter des ehemaligen langjährigen Gebrauchs des Namens wird in verschiedenen Entscheidungen näher charakterisirt. Es muß ein langandauernder, offener, rückhaltloser Gebrauch gewesen sein, ein Gebrauch, der sich unzweifelhaft als Namengebrauch darstellte, so daß insbesondere die Beifügung des Gutsnamens nicht als bloße Lokalbeifügung, sondern als Theil des patronymicum gelten mußte. Alles dieses hat Aehnlichkeit mit der Eigenthumsersitzung, mit dem longaevus usus beim Eigenthumserwerb, ohne daß jedoch die Ersitzungsnormen des Sachenrechts anders als analog angewendet werden dürfen; gelten ja doch auch nicht bei allen Sachenrechten gleiche Normen. Wohl aber hat der genannte Satz allerdings das mit dem Ersitzungsinstitute gemeinsam, daß er auf der sozialen Natur des Rechts beruht; denn die sozialen Interessen würden tief geschädigt, wenn langhergebrachte friedliche Verhältnisse umgestürzt würden. Allerdings kommt hierbei noch etwas anderes in Betracht: der langjährige Gebrauch kann auch zugleich ein Symptom dafür sein, daß der Träger des Namens sich desselben wirklich regelrecht und konsequent bedienen wollte, daß es sich nicht um eine vorübergehende Gewogenheit, sondern um einen konstanten festen Willen handelte. Aber dies ist nicht das Durchschlagende: das Durchschlagende liegt in den sozialen Verhältnissen. Dies wird auch von den französischen Gerichten gefühlt, wenn sie es auch nicht immer geradezu aussprechen und mitunter auf das genannte adminiculirende Motiv ein zu großes Gewicht legen. Hervorzuheben ist folgendes:

In einer Entscheidung des Kass.-Hofs v. 17. December 1860 (Sirey 61 I. 278, 280) wird der Beiname verworfen mit Rücksicht

Digitized by Google

darauf, daß die possession n'a jamais été qu'accidentelle et intermittente, que la qualification de sieur ou seigneur de M. n'était pour eux qu'un titre ou une dénomination honorifique, qu'ils n'entendaient ni substituer ni incorporer à leur nom d'origine.

Aehnlich wird in einer Entscheidung des Appellhofs Paris vom 4. Dezember 1863 (Sirey 66 I. p. 435) hervorgehoben, daß les descendants de P. . . ., ont, dans plusieurs actes de naissance et autres, énuméré les titres de leurs diverses seigneuries, et notamment celui du marquisat de C . . ., mais qu'ils n'ont jamais pris ni signé le nom de C. comme nom patronymique ou comme addition à leur nom patronymique . . . Vergl. auch noch Appellhof Douai, v. 10. Auguſt 1852 (Dalloz, Recueil Pér.[29]) 53 II. p. 227): que, si on peut inférer . . ., que plusieurs membres de la famille du Ch. ont, à titre honorifique, fait suivre leur nom de celui de la terre de L., il n'en résulte nullement que cette adjonction ait fait partie intégrante du nom patronymique de cette famille.

Entſpechend hat der Kaſſ.-Hof, v. 5. Januar 1863 (Sirey 63 I. 191, 192) eine Entſcheidung beſtätigt, welche auf das Motiv gebaut war, daß

> si, dans ces actes, le nom patronymique P. est parfois accompagné des mots: chevalier, sire, seigneur de W. et autres lieux, l'arrêt attaqué déclare que ces dénominations et qualifications féodales n'avaient pas été incorporées au nom patronymique et n'en faisaient point partie . . .

Ebenſo beſagt noch neuerdings der Appellhof Bourges, v. 8. Januar 1889, daß das Namenrecht eine possession publique, longue et constante verlange, und daß ein titre purement honorifique, pris pendant quelques années, et à de rares intervalles nicht genüge (Dalloz, Rec. Pér. 89 II. p. 270. 271).

Höchſt intereſſant aber iſt eine Entſcheidung des Kaſſ.-Hofs des Kanton Waadt v. 22. April 1868 (Journal des Tribunaux

[29]) Recueil Périodique et critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine.

Digitized by Google

Vaudois XVI. 1868 p. 275, 281), welche noch unten des weiteren zu besprechen ist.[30]) In der gedachten Beziehung ist hier bemerkt:

Considérant, sur ces faits, que pour justifier la rectification demandée, il faut établir que le nom porté actuellement par la famille n'est pas celui qui lui appartient; qu'il est le résultat d'une erreur et doit être remplacé par un autre qui soit bien le sien;

Attendu, d'un côté, que les recourants Dulon ne démontrent point que le nom d'Ollon ait été le nom constant de leurs auteurs pendant une période plus ou moins étendue;

Que le grand nombre des noms appellatifs, sous lesquels leurs ascendants sont indiqués, ne permet pas de distinguer celui de ces noms qui, alors, aurait été le vrai et seul nom patronymique;

Attendu, d'autre part, que les demandeurs estiment, que ces noms variés proviennent tous de la même origine, savoir, du nom du village ou commune d'Ollon et que les diverses variantes, soit latines, soit en longue vulgaire, ne sont qu' une traduction ou qu' un mode de sa prononciation, ensorte que l'erreur serait née du maintien d'un nom Dulon, qui dans l'orignie signifiait d'Ollon;

Attendu, sur ce point, qu'il n'est produit au procès aucun document quelconque et qu'il n'est établi aucune preuve, ni aucun fait constatant l'origine du nom dont il s'agit, ou desquels on puisse inférer que le nom de la famille Dulon se rattache à celui de la commune d'Ollon; que même cette famille ne se dit pas être originaire ou bourgeoise de cette commune.

Richtig verlangt daher der Kass.-Hof, v. 2. Februar 1881 (Sirey 82 I. 115, 116), daß die Vorfahren avaient, par une possession prolongée, publique et non interrompue, entendu incorporer et définitivement incorporé le nom de J. à leur nom patronymique; und das Tribunal Chaumont, sowie der Appellhof Dijon, v. 10. Februar 1882 (Sirey 83 II. p. 42, 43, auch in Pataille Annales 1882 p. 181) setzen voraus, daß un long et constant usage pouvait témoigner d'une volonté persistante; der Appellhof Orléans, v.

[30]) Ich verdanke die Mittheilung derselben Herrn Prof. Meili in Zürich.

Digitized by Google

14. August 1860 (Dalloz 60 II p. 172) spricht von einer possession suffisamment prolongée, constante et uniforme.

Darüber endlich, daß die Ersitzungs- oder Verjährungsregeln höchstens analog angezogen werden können, vergleiche Appellhof Lyon, v. 24. Mai 1865 (Sirey 66 II. 343, 344).

Eine temporäre Unterbrechung durch revolutionäre Umwälzungen schadet nichts, sofern nur die Sache genügend gefestigt war, so daß nach Aufhebung des Zwischenzustandes die Weiterführung des Namens als die Fortsetzung eines alten Zustandes zu betrachten ist; sofern mit anderen Worten, trotz der Unterbrechung, die historische Kontinuität mit der Vorzeit gewahrt bleibt. In solchem Falle ist das Recht nicht erloschen und es kann verlangt werden, daß dasselbe auch faktisch wiederhergestellt werde.

So sagt der Appellhof Angers, v. 23. März 1876 (Sirey 76 II. p. 283): cette possession s'est continuée pour plusieurs des descendants depuis 1790 jusqu'à nos jours, et que, si elle n'existe pas pour tous, les dates des actes de naissance ou de mariage se plaçant pendant la période révolutionnaire et d'où ont découlé les autres actes, fournissent l'explication la plus complète et la plus sûre des leurs divergences involontaires et inévitables.

Ebenso bereits Appellhof Poitiers, v. 9. Juli 1866 (Sirey 66 II. 344): attendu que de l'ensemble de ces actes et documents de toute nature il résulte d'une manière incontestable que la famille du requérant se trouvait depuis longtemps en possession du nom de H . . ., lors de la promulgation des lois révolutionnaires; que si, dans les temps qui ont suivi, la dénomination . . . a été abandonnée . . ., cette omission, qui s'explique par les préoccupations politiques de l'époque, peut être réparée judiciairement . . .

Aehnlich erklärt der Appellhof Rennes, v. 4. Juni 1878 (Sirey 79 II. 10 und 11): si, à une époque quelconque et notamment pendant la période révolutionnaire, ce nom a été momentanément omis dans les actes de l'état civil, il peut être revendiqué et rétabli sous la seule condition que le demandeur justifie d'un droit antérieur et certain. Vergleiche endlich Appellhof Limoges, v. 9. April 1878 (Sirey 78 II. 196): qu'il est de jurisprudence constante que les membres

Digitized by Google

d'une famille qui étaient, avant 1789, en possession d'un nom de terre ajouté à leur nom patronymique, ont pu conserver ce nom pourvu que cette possession ait été certaine et persistante, et qu'ils sont fondés à en demander le rétablissement, s'il a été omis, depuis la révolution, dans les actes les concernant, eux et leurs auteurs.

§. 7.

Auch was die Ausübung des Klagerechts betrifft, geht die französische Jurisprudenz von den richtigen Grundsätzen aus. Berechtigt zu reagiren ist jedes Familienmitglied, auch eine Frau, welche sich verheirathet hat, mindestens in Ermangelung männlicher Erben.

So besagt der Kass.-Hof, v. 16. März 1841 (Sirey 41 I. 532, 535): attendu que les noms patronymiques des familles sont leur propriété; que, si les femmes, en entrant par le mariage dans une famille étrangère, cessent de porter le nom de leur père, ce nom, les souvenirs d'estime et d'honneur qui peuvent y être attachés, sont un bien qui fait partie de leur patrimoine, et qui ne sauraient manquer de leur être toujours précieux; attendu qu'à défaut de descendans mâles qui puissent perpétuer le nom de leur père, les femmes n'ont pas moins d'intérêt à le conserver, et consequemment à s'opposer à ce qu'il soit ursurpé par d'autres familles . . .

Berechtigt zur Reaktion ist auch der Ausländer, Appellhof Dijon, v. 13. Juli 1881 (Sirey 84 II. p. 3).

Geht die Klage gegen einen Besitzstand, so hat der Kläger das Nichtrecht zu beweisen: Kass.-Hof, v. 27. Juli 1886 (Sirey 90 I. p. 335). Ebenso hat es der Kläger zu beweisen, wenn er eine Unrichtigkeit des Standesregisters behauptet und die Berichtigung begehrt, Appellhof Orléans, v. 14. August 1860 (Dalloz, Rec. Pér. 60 II. p. 172).

Steht es einem Gerichte zu, auf Grund der Unterstellung, daß ein Name falsch sei, eine Rektifikation des Urtheils von Amtswegen vorzunehmen? Der Kass.-Hof, v. 6. April 1830 (Dalloz, Rép. alph. v. Jugement nr. 163, Note 3 zu 16°) hat dies verneint.

Digitized by Google

In der That wäre das nur möglich im Wege der Rektifikation des Urtheils und nur nach erfolgter Feststellung der Unrichtigkeit.

Die Klage auf Unterlassung trägt die Sanktion in sich, daß im Falle der Zuwiderhandlung eine Strafe für jeden Zuwiderhandlungsakt festgesetzt wird. Vgl. auch Appellhof Rennes, v. 20. April 1880 (Sirey 81 II. p. 31). Man kann nicht mit dem betr. Untergerichte argumentiren, daß die Zuwiderhandlung eine Bestrafung nach sich ziehe und daß: tout citoyen ayant pour devoir étroit et rigoureux d'obéir à la loi, le tribunal n'a pas à défendre un fait qualifié délit et que la loi réprime (ib. II. p. 31): die Strafqualität der That schließt ja nicht aus, daß zugleich die civilistische und civilprozessualische Repression stattfindet: die Repression ist dann eben eine doppelte; und dies ist gerechtfertigt, da durch eine Zuwiderhandlung zugleich das Privatrecht und zugleich die richterliche Autorität verletzt wird.[31]) Uebrigens braucht die Strafandrohung nicht schon im Urtheile enthalten zu sein (§. 775 C. = P. = O.); vgl. auch Appellhof Paris, v. 30. Mai 1879 (Dalloz, Pér. 79 II. p. 137, 139).

Außerdem kann im Urtheil bestimmt werden, daß der Beklagte verpflichtet ist, die Streichung des falschen Namens in den Notariatsurkunden geschehen zu lassen, worauf die Notare auf Ansuchen des Klägers gehalten sind, das Urtheil durch entsprechende Randbemerkungen zur Vollziehung zu bringen. So auch Appellhof Paris, v. 9. Juli 1830 (bei Dalloz, Rép. Alphab. v. nom nr. 51 Note 2): ordonne que l'arrêt ... sera exécuté; en conséquence enjoint à N., notaire à Paris, de faire toutes rectifications conformes audit arrêt sur tous actes déposés dans son étude ...

Bezüglich der strafrechtlichen Behandlung des Deliktes der Namens- und Titelanmaßung (nach a. 259 C. pénal)[32]) vergleiche Kass.-Hof, v. 5. Januar 1861 (Sirey 61 I. p. 202), v. 26. August 1880

[31]) Vergl. mein Patentrecht S. 610 fg., Recht des Markenschutzes S. 376.

[32]) Sera puni d'une amende de 500 francs à 10 000 francs, quiconque, sans droit et en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil. Vgl. Reichsstrafgesetzbl. §. 360, Z. 8.

Digitized by Google

(Sirey 81 I. p. 96), Appellhof Paris, v. 16. Januar 1862 (Sirey 63 II. p. 45).

§. 8.

Kann auch eine juristische Person, z. B. eine Stadtgemeinde, Trägerin eines Namenrechts im obengenannten Sinne sein, so daß die Führung des Stadtnamens eine Verletzung des Rechtes ist? Natürlich kann es sich nicht um ein Individualrecht in dem Sinne handeln, als ob das Einzelindividuum mit der Stadt verwechselt werden könnte; auch nicht in dem Sinne, daß beide Theile in einem Gentilverhältniß zu einander stehen könnten, welches durch den Namen zum Ausdruck käme. Wohl aber können Schutz-, Herrschafts-, Ehrenbeziehungen zwischen einem Menschen und einer Stadt bestehen, welche durch die Beifügung des Stadtnamens bezeichnet werden; namentlich in der Art, daß Jemand seinem bisherigen Namen den Stadtnamen mit dem Fügewort „von" beisetzt. Das kann insbesondere andeuten, daß er zwar nicht mehr jetzt in einer Protektorstellung zur Stadt stehe, aber einer Familie angehöre, welcher ein solches Vorrecht früher zugestanden hat: was natürlich, auch wenn die Zeit der Herrschaft vorüber ist, immer noch ein ideales Band herstellt. So also wenn sich Jemand ohne Rechtstitel: von Heidelberg, von Offenburg und dgl. nennen würde. In diesen Fällen ist unzweifelhaft eine Reaktion begründet. Die Stadt braucht sich den Schein eines solchen Zugehörigkeitsverhältnisses nicht gefallen lassen. Wie, wenn es sich um eine feindliche oder um eine wenig rühmliche Familie handelte?

Daß sich dies nicht auf bloße Lokalnamen bezieht, wie Frankfurter, Berliner u. s. w., welche höchstens ein lokales Befinden früherer Generationen andeuten, versteht sich von selbst. Auch hier gilt nicht das Formal-, sondern das Materialprinzip. Und daß, wenn der Titel in rechtmäßiger Weise ertheilt oder durch langen Gebrauch (vor der Zeit der exakten Regelung des Namenrechts) erworben worden ist, der Gebrauch des Titels von der Stadt nicht beanstandet werden kann, bedarf nach dem Obigen keiner weiteren Erörterung: in solchem Falle wäre eine negatoria höchstens dann gegeben, wenn der Träger des Titels durch anderweitige Maßnahmen ein Zugehörigkeitsverhältniß in Scene setzen wollte, welches nicht be-

Digitized by Google

gründet ist und welches auch nicht durch Verleihung des Titels geschaffen wurde; oder wenn der Betreffende durch Aenderung des Titels demselben eine Wendung gäbe, welche er an sich nicht enthielte.[33])

Eine höchst interessante Entscheidung dieser Art enthält das bereits erwähnte Urtheil des Kassationshofs des Kantons Waadt vom 22. April 1868. Mitglieder der Familie, die sich Dulon nannte, behaupteten, daß der Namen Dulon auf einem Irrthum beruhe und D'Ollon (von der Gemeinde Ollon) heißen müsse. In dem Prozesse intervenirte die Gemeinde Ollon. Der Gerichtshof erkannte die Intervention als gerechtfertigt an und sprach sich in dieser Beziehung aus, wie folgt:[34])

Considérant, sur ce moyen, que l'intérêt direct qui, selon l'art 103 du c. p. c. c., permet à un tiers d'intervenir dans un procès comme partie, ne peut être entendu que dans le sens qui résulte de la nature du procès dans lequel il intervient;

Qu'ainsi, dans une cause de l'espèce actuelle où il s'agit de la réclamation d'un nom, l'intérêt peut être réel sans être matériel, ou déterminé d'une manière matériellement appréciable;

Attendu que l'on ne saurait refuser à un tiers, individu, ou famille, la faculté d'intervenir dans un procès dans lequel il s'agirait de la réclamation de son nom patronymique;

Attendu qu'une commune, bien que n'ayant pas un nom de famille, peut néanmoins avoir un intérêt réel et direct à maintenir en sa faveur la possession exclusive d'un nom ou d'une dénomination qui a pour elle . . . . . l'importance d'un fait historique;

---

[33]) Der umgekehrte Fall ist der, wenn etwa eine Gesellschaft, ein Verein Jemanden als Agenten, Vertreter und dergleichen bezeichnet, ohne daß er es ist; in diesem Fall ist es die Gesellschaft, welche das Zugehörigkeitsverhältniß für sich anmaßt, und hiergegen darf der Einzelne reagiren: auch hier gilt die Reaktion des Invidualrechts; vgl. die englische Entscheidung Routh c. Webster v. 28. Januar 1847 bei Sebastian, Digest of Cases of Trade-Mark Nr. 86 p. 45: die Direktoren der Gesellschaft hatten published a prospectus in which the plaintiff's name appeared as a trustee of the company, without his authority. Es wurde eine injunction ertheilt.

[34]) Journal des Tribunaux Vaudois XVI. (1868) p. 277, 278.

Digitized by Google

Que cette importance existe également pour elle, si son nom de localité attribué à une personne actuelle avait l'effet de rattacher celle-ci à un personnage historique de la commune.

Vorzüglich ist auch hier hervorgehoben, daß ein pekuniäres Interesse nicht erforderlich ist,[35]) daß schon ein Gemüths-, ein Gefühlsinteresse genügt. In der That: die Interessen, welche hier spielen: die Interessen der Zusammengehörigkeit, des familiären oder sozialen Verbandes, sind menschliche Interessen höchsten Ranges, und diese Interessen zu schützen, ist das Recht eben so sehr berufen, wie wenn es sich um die Interessen des pekuniären Mein und Dein handelt.

---

[35]) Vgl. oben S. 86. 99.

5.

Der neueste Entwurf einer Novelle zum Englischen Aktienrecht.[1]

Von **Dr. jur. J. Hirschfeld** in London.

Die englische Regierung hat wiederum einen Versuch gemacht, den legislativen Finger auf die Wunden des Aktienrechts, die sich allzusehr bemerkbar gemacht haben, zu legen. Obgleich der Entwurf noch nicht Gesetz geworden ist, wird es interessiren, den Gegenstand bei der großen Bedeutung desselben auch in diesem Stadium kennen zu lernen, und zu sehen, welche Mängel entdeckt worden sind, wie man gesonnen ist, dieselben zu heilen und welche Gegenströmungen sich geltend machen. Bei den bezüglichen im House of Lords geführten Verhandlungen, auf welche ich unten ausführlicher zurückkomme, wurde, (abgesehen von einer ganz vereinzelten Stimme, welche sich prinzipiell im Sinne des laisser aller aussprach, und die Aussichtslosigkeit gesetzgeberischer Bemühungen, diejenigen, welche sich betrügen lassen wollten, zu schützen, hervorhob) allgemein anerkannt, daß das bestehende Recht in wesentlichen Punkten erheblicher Abänderungen bedürftig sei.[2])

Der Lord Chancellor erklärte, daß aus industriellen Bezirken ein nicht abzuweisender Druck auf die Regierung im Sinne der an-

[1]) Ueber das geltende Aktienrecht: Grundlage ist die Companies Act vom 7. August 1862; das wichtigste Ergänzungsgesetz ist das vom 20. August 1867; andere wesentlichere ergingen 1864, 1870, 1877, 1880, 1883. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 7 S. 423, 533; 12 Beilageheft S. 40, 14 S. 453; 9 S. 133; 17 S. 118; 23 Beilageheft S. 166; 27 S. 179; 30 S. 587. A. d. R.

[2]) Hansard, Parliamentary Debates vom 28. Juni, 17. und 26. Juli 1888.

Digitized by Google

gestrebten Reformen ausgeübt, und daß das Material dazu aus Anregungen von Industriellen hervorgegangen, der Entwurf somit nicht lediglich am grünen Tisch (lawyer's bill) entstanden sei. Derselbe befaßt sich in 23 Artikeln im Wesentlichen mit folgenden Punkten.

I. Gründung der Gesellschaft und Bedingungen für die Konstituirung derselben (Sect. 1—5).
II. Erhöhung des Grundkapitals (Sect. 6).
III. Verantwortlichkeit aus der Gründung und Kautelarvorschriften (Sect. 7—8).
IV. Verbot, vor Zutheilung von Aktien mit solchen Rechtsgeschäfte vorzunehmen (Sect. 9).
V. Restringirende Bedingungen für die Zutheilung von Aktien (Sect. 10).
VI. Verbot für die Gesellschaft, ihre eigenen Aktien zu kaufen (Sect. 11).
VII. Qualifikation der Direktoren (Sect. 12).
VIII. Revision der Bücher (Sect. 13).
IX. Bilanz (Sect. 14).
X. Vorschriften bezüglich der Abschätzung von Fabrikeinrichtungen und Maschinen 2c. (Sect. 15).
XI. Verfassungsänderung (Sect. 16).
XII. Berichterstattung seitens des Liquidators (Sect. 19).
XIII. Jährlich wiederkehrende Generalversammlung bei freiwilliger Liquidation (Sect. 20).

Ich bemerke, daß einzelne dieser Punkte zusatz- resp. amendementsweise aus der Initiative von Mitgliedern des House of Lords hervorgegangen sind, sodaß der jetzige Entwurf eine einigermaßen veränderte Gestalt gegen den von der Regierung ursprünglich eingebrachten zeigt.

Zu I. Die Bestimmungen, welche sich auf diesen Punkt beziehen, geben dem Entwurfe seine eigentliche Signatur. Es wird die Scheidung zwischen einstweiliger und endgiltiger Registrirung der Gesellschaft eingeführt, mit deren Annahme nach der Erklärung des Lord Chancellor der Entwurf stehen oder fallen soll; der Gedanke dieser Scheidung ist nicht neu und hat schon im älteren englischen Aktienrecht Geltung gehabt (siehe 7 u. 8 Viet. Ch. 110);

Digitized by Google

auch hat man bei einem gesetzgeberischen Entwurf aus dem Jahre 1876 den Versuch gemacht, ihn wieder zu beleben, jedoch ohne Erfolg. Bekanntlich ist nach dem Gesetz von 1862, d. h. nach dem jetzt geltenden Rechte zur Inkorporirung einer Aktiengesellschaft nichts weiter erforderlich, als daß 7 Personen sich vereinigen, den Verfassungsentwurf (Memorandum of Association)[3] unterzeichnen und die Eintragung in das Gesellschaftsregister beantragen. Mit dem Momente der Eintragung ist die Gesellschaft als juristische Person zur Existenz gelangt, und kann nun in den Geschäftsbetrieb eintreten, Schulden kontrahiren, Aktionäre aufnehmen, Direktoren ernennen, Prospekte erlassen ꝛc. Diese ganz unbeschränkte Art der Konstituirung (die Motive zum Entwurf des deutschen Aktiengesetzes von 1884 nennen sie das englische Konstruktionsprinzip,[4]) weil es nur den Gründern überlassen bleibt, das Kapital zu finden, welches für die Erreichung der Gesellschaftszwecke erforderlich ist) soll nach dem neuen Entwurfe modifizirt werden. Der Lord Chancellor sowohl wie der Premierminister Marquis of Salisbury weisen in ihren bezüglichen Reden darauf hin, daß die jetzige zügellose Art der Konstituirung die hauptsächlichste Quelle allen aus dem Mißbrauche des Aktienwesens entstandenen Uebels sei, und daß mit der Zustopfung dieser Quelle ein erheblicher Schritt in der Richtung der Schaffung einer gesunden Grundlage für künftige Gesellschaftsbildungen gethan werde, ohne daß man damit ungerechtfertigte, der Industrie schädliche Schranken für dieselben aufrichte. Es würden von allen Seiten Klagen darüber erhoben, Gesellschaften kämen vielfach in der Weise zu Stande, daß ganz unbemittelte Personen sich zusammenthäten, einen Gründungsplan entwürfen, durch Vorspiegelungen aller Art respektable Männer bestimmten, sich als Direktoren auf dem Prospekt nennen zu lassen und das Publikum dann durch solche Namen zum Zeichnen köderten. Die Gründer selbst verschwänden sogleich nach dem Zustandekommen

[3]) Der Verfassungsentwurf der companies limited by shares muß die Firma mit dem Ende „limited", das Königreich des Gesellschaftssitzes, den Zweck, die beschränkte Haftung, die Höhe des Grundkapitals und der Aktie bestimmen. Er kann von einem Statute begleitet sein. Subsidiär gilt ein ausführliches Normalstatut. Entwurf und etwaiges Statut werden registrirt. A. d. R.

[4]) S. 57 der Motive des dem Reichstage vorgelegten Entwurfs (Carl Heymanns Verlag 1884).

Digitized by Google

der Gründung spurlos von der Bildfläche. Es sei dies eine der gewöhnlichen Betrugsformen, welche fortwährend von Leuten, die förmlich ein Gewerbe daraus machten, praktizirt werde; diese ganz boden- und substanzlosen Bildungen würden die bez. Bestimmungen des Entwurfs verhüten können. Die Grundlage desselben sei das Prinzip der einstweiligen Registrirung. Nach Ansicht der Regierung sei es wünschenswert, daß bei der Leichtigkeit, mit der jeder Beliebige eine Korporation gesetzlich ins Leben rufen könne, ein Mittel geschaffen werde, vor der endgültigen Begründung eine gewisse Prüfung darüber möglich zu machen, ob das Unternehmen wirklich einen ehrlichen kaufmännischen Charakter an sich trage. Die Leute, welche den Gründungsentwurf zeichneten, sollten während dieses Vorstadiums die Direktoren und für die Leitung der Geschäfte, sowie im Falle der Ausgabe eines Prospekts für dessen Inhalt verantwortlich sein. Die bezüglichen Bestimmungen sind folgende: Die einstweilige Eintragung soll in der bisherigen Weise vor sich gehen, und über dieselbe von dem Registerbeamten ein Certificat ertheilt werden. Auf Grund des letzteren sollen die Zeichner des Entwurfs Direktoren der Gesellschaft für die Gültigkeitsdauer desselben bleiben und während dieses Zeitraumes die folgenden Befugnisse haben:

a) einen Sekretär anzustellen;
b) Prospekte oder prospektartige Bekanntmachungen zu veröffentlichen;
c) Aktien zuzutheilen;
d) Kuratoren zu ernennen, in deren Namen, und Bankiers, bei denen auf Aktien eingezahlte Gelder zu deponiren sind;
e) einstweilige Verträge für die Gesellschaft zu schließen.

Eine einstweilig eingetragene Gesellschaft soll bei Strafe als solche in jedem die Kompagnie betreffenden Schriftstücke bezeichnet werden. Der Antrag auf definitive Eintragung muß folgende Einzelheiten enthalten:

a) das nominelle Grundkapital der Gesellschaft und den Betrag der Aktien, in welche dasselbe zerfällt;
b) die Anzahl der gezeichneten Aktien;
c) die Anzahl der zugetheilten Aktien;
d) die Totalsumme, welche baar auf die zugetheilten Aktien ein-

Digitized by Google

gezahlt ist, und Namen, Adresse und Stand der Kuratoren (s. oben);

e) die Namen der Personen, denen Aktien zugeteilt sind, und den von jedem von ihnen baar bezahlten Betrag;

f) die Qualifikation eines jeden Direktors, und in welcher Weise dieselbe erworben worden ist. (Es sei hierzu bemerkt, daß unter Qualifikation in diesem Sinne die Anzahl von Aktien zu verstehen ist, welche ein Direktor statutenmäßig besitzen soll.)

Diese Angaben müssen von den Direktoren und dem Sekretär der Gesellschaft eidesstattlich bekräftigt und respektive durch eine Quittung von den Bankiers über die deponirten Beträge beglaubigt werden.

Damit eine Gesellschaft definitive Eintragung erlangen kann, muß aus den obigen Angaben hervorgehen, daß folgende Bedingungen erfüllt sind:

a) daß nicht weniger als $^1/_4$ der dem Publikum angebotenen Aktien gezeichnet worden ist;

b) daß nicht weniger als $^1/_{10}$ des gezeichneten Nominalbetrags baar bezahlt worden ist;

c) Daß jeder Direktor der Gesellschaft nicht weniger als 20 Aktien besitzt.

Bei der einstweiligen Eintragung einer Gesellschaft soll $^1/_5$ der Eintragungsgebühren (die seit dem Jahre 1888 sehr hoch sind und auf deren Bedeutung ich noch später zurückkomme), der Rest bei der definitiven Eintragung bezahlt werden. Die Beträge, welche auf Aktien an die einstweilig eingetragene Gesellschaft bezahlt sind, dürfen für Zwecke der Gesellschaft bis nach definitiver Eintragung nicht verwandt und sollen, wenn letztere nicht erfolgt, an die Zeichner voll zurückgezahlt werden. Falls letzteres nicht binnen 14 Tagen nach Fälligkeit geschieht, sollen die Direktoren solidarisch für die Rückzahlung der Beträge nebst 20 Prozent Zinsen vom Tage der Fälligkeit haftbar sein. (Die Fälligkeit würde eingetreten sein, wenn nach Ablauf der Frist von drei Monaten der Registerbeamte die definitive Eintragung wegen Nichterfüllung der vorgeschriebenen Bedingungen zurückweist oder die drei Monate verstrichen sind, ohne daß ein solcher Antrag gestellt ist.) Ein einstweiliger Vertrag

Digitized by Google

soll die definitiv eingetragene Gesellschaft nicht binden, falls er nicht durch besonderen Beschluß (extraordinary resolution) bestätigt ist.

II. Eine Gesellschaft soll ihr Grundkapital nicht vor Ablauf von 12 Monaten erhöhen, ausgenommen mit Genehmigung des Gerichts in besonderen Fällen.

Nach bestehendem Recht ist die Erhöhung, wenn sie in den Statuten vorgesehen oder durch Spezialresolution (3/4 Majorität und Bestätigung durch eine zweite Generalversammlung) beschlossen ist, an keine Zeitgrenze gebunden. (Sect. 12 und 50 Ges. v. 7. Aug. 1862.)

III. Jede Person, welche einen Prospekt oder eine prospektartige Bekanntmachung, Zeichnungen betreffend, veröffentlicht oder veröffentlichen läßt, ist verpflichtet, darauf zu sehen, daß der Prospekt oder die Bekanntmachung genaue und wahrheitsgetreue Angaben enthält in Bezug auf

a) die von der Gesellschaft erworbenen oder zu erwerbenden Eigenthumswerthe;
b) das geleistete oder zu leistende Aequivalent;
c) die Art und Weise, in welcher dieses Aequivalent ganz oder theilweise verwendet oder zu verwenden ist;
d) jedes Abkommen, auf Grund dessen ein Gründer oder ein Anderer für ihn oder mit Jenes direkter oder indirekter Hülfe für sich irgend welchen Vortheil aus der Zahlung der Kauf- oder anderen Gelder oder auch aus der Emission von Aktien erlangt.

Ueber diese Punkte muß alles Erhebliche angegeben werden, damit die zur Zeichnung Aufgeforderten sich darüber ein Urtheil bilden können, ob es gerathen ist, der Aufforderung zu folgen.

Wer wissentlich und vorsätzlich dem zuwiderhandelt, soll für den Schaden civil- und auch kriminalrechtlich verantwortlich gemacht werden.

Dem widersprechende Verabredungen oder Klauseln im Prospekte sollen nichtig sein. Jeder Kontrakt, jede Bestimmung oder Abrede, welche vor der definitiven Eintragung der Gesellschaft getroffen ist, und wodurch derselben die Verpflichtung auferlegt wird, Geld oder Geldeswerth an irgend Jemanden zu zahlen, oder irgend einen be-

Digitized by Google

sonderen Vortheil irgend Jemandem zuzuwenden, soll der Gesellschaft gegenüber nichtig sein, sofern nicht solche Verpflichtung in jedem Prospekte bekannt gemacht oder in einer zur Beschlußfassung hierüber zusammenberufenen Generalversammlung adoptirt ist.

Jeder Prospekt und jede prospektartige Bekanntmachung muß dem Registerbeamten mit der Unterschrift der Direktoren und des Sekretärs binnen 24 Stunden nach der Veröffentlichung eingereicht werden. Jede derartige Bekanntmachung, welche vor der Eintragung erlassen ist, soll gleichzeitig mit dem Antrag auf Eintragung dem Registerbeamten überreicht werden. — Das geltende Recht hinsichtlich des Inhaltes von Prospekten beruht im Wesentlichen auf Präjudizien (u. Sect. 38 des Ges. v. 20. Aug. 67, in welcher bestimmt ist, daß bezüglich eines jeden Vertrags, den die Kompagnie, die Gründer, die Direktoren oder Verwalter geschlossen, das Datum und die Namen der Vertragschließenden anzugeben sind). Die in den Präjudizien niedergelegten Grundsätze gehen dahin, daß keine unwahre Thatsache angegeben und keine für die Beurtheilung des Objekts erhebliche Angabe unterdrückt werden darf. Ob die Klausel im Prospekt, daß auf die Inhaltsangabe von Verträgen seitens der Zeichner Verzicht geleistet wird, nichtig ist, ist bisher nicht zur Entscheidung gekommen.

IV. Vor der Zutheilung von Aktien soll die Gesellschaft bei Strafe Rechtsgeschäfte mit denselben nicht anerkennen oder gestatten.

V. Ist eine Zutheilung von Aktien auf Grund eines Prospekts oder dergleichen erfolgt, so soll die Zutheilung für den Zeichner nicht bindend sein, sofern nicht:

a) die Mindestzahl von Aktien, welche als Bedingung für die Zutheilung in dem Prospekt angegeben worden ist, oder in Ermangelung einer solchen Angabe das ganze Grundkapital zur Zeit der Zutheilung gezeichnet ist:

b) der im Prospekt oder dergl. als Bedingung für die Zutheilung festgesetzte Mindestbetrag der Einzahlungen, oder in Ermangelung einer solchen Festsetzung $^1/_5$ des Emmissionspreises für jede gezeichnete Aktie wirklich geleistet ist;

c) die Zutheilung binnen 3 Monaten vom Datum der ersten Prospektveröffentlichung erfolgt ist.

VI. Eine Gesellschaft soll ihre eigenen Aktien nicht erwerben dürfen.

Digitized by Google

VII. Die Statuten der Gesellschaft sollen die Anzahl von Aktien, deren Besitz als Qualifikation für das Amt eines Direktors erforderlich, festsetzen, und jeder Fall, in welchem ein Direktor, sei es als Verkäufer, sei es sonst solche Qualifikation anders als durch Baarzahlung gleich jedem anderen Zeichner erwirbt, soll ausführlich in dem Prospekt bekannt gemacht werden. Zuwiderhandlungen hiergegen werden mit Geldstrafe geahndet; ebenso wird derjenige Direktor, welcher ohne die erforderliche Qualifikation als solcher fungirt, mit Geldbuße bestraft.

VIII. Die Bestimmungen (Sect. 7, 8) des Gesetzes vom 15. August 1879, welche auf die Revision der Bücher von Banken Bezug haben,[5]) sollen auf alle Aktiengesellschaften Anwendung finden. Das Wesentliche dieser Bestimmungen ist, daß jährlich mindestens einmal die Bücher durch einen oder mehrere von der Generalversammlung zu ernennende Revisoren zu prüfen sind. Den Revisoren steht das Recht zu, bezüglich der Bücher und Rechnungen die Direktoren und anderweitige Beamten der Gesellschaft zu vernehmen. Sie sollen den Mitgliedern über die Rechnungen und jede der Generalversammlung vorgelegte Bilanz Bericht erstatten und in diesem Bericht erklären, ob die Bilanz ihrer Meinung nach ein treues und richtiges Bild über den Status der Gesellschaft, wie er sich aus den Büchern ergiebt, darstellt. Der Bericht soll in der Generalversammlung verlesen werden. Jede der jährlichen oder anderweiten Generalversammlung vorgelegte Bilanz soll von dem Revisor, dem Sekrtär oder Geschäftsführer und mindestens dreien der Direktoren unterschrieben werden. — Diese hier zwingend formulirten Vorschriften entsprechen im Wesentlichen den in dem First Schedule (83—94) z. Aktiengesetz v. 1862 (§. 14, 15 Ges. v. 1862) niedergelegten Bestimmungen des Normalstatuts, welches subsidiär zur Anwendung kommt, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen.

IX. Die Direktoren einer jeden Gesellschaft müssen wenigstens einmal im Jahre der Generalversammlung eine Bilanz in einer Form, wie sie vom Handelsministerium (board of trade) vorzuschreiben oder zu sanktioniren ist, vorlegen. Dieselbe soll nicht

[5]) Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 26 S. 66. A. d. R.

Digitized by Google

weiter als 3 Monate vor dem Sitzungstage zurückdatiren und es soll eine gedruckte Kopie derselben jedem Mitgliede mindestens eine Woche vor diesem Tage zugeschickt werden. Nach dieser Generalversammlung soll die Bilanz mit der Unterschrift von mindestens 2 Direktoren und dem Sekretär dem Registerbeamten übermittelt werden. Im Zuwiderhandlungsfall ist Geldstrafe angedroht. Das Handelsministerium soll die Befugniß haben, von den Vorschriften dieses Abschnittes zu entbinden. — Bezüglich des geltenden Rechts trifft auch hier das zu VIII Bemerkte zu, mit der Maßgabe, daß jetzt der Handelsminister nicht mitwirkt und der Registerbeamte eine Kopie nicht erhält.

X. Wenn die Aktiva einer Gesellschaft ganz oder zum Theil in Anlagen, Maschinerie oder dergleichen bestehen, so soll in der Jahresbilanz die jedesmalige Rate der etwaigen Werthverminderung, welche von dem letzten Bilanzwerthe in Abzug gebracht worden, angegeben und von dem Revisor attestirt werden, daß dieser Abzug stattgefunden hat.

XI. Eine Aktiengesellschaft darf durch Spezialbeschluß insofern die Bestimmungen ihres Verfassungsentwurfs abändern, als es sich darum handelt, die Zwecke der Gesellschaft zu erweitern, oder ihre Befugnisse zur Ausführung dieser Zwecke zu verstärken, vorausgesetzt, daß die Natur des Gründungszweckes nicht wesentlich verändert wird. Die Genehmigung des Gerichts und demnächstige Registrirung ist erforderlich. Jene wird davon abhängig gemacht, daß die Interessen der Gläubiger hinlänglich gewahrt sind. (Aehnlich wie im Falle der Verminderung des Grundkapitals einer Gesellschaft. Sektionen 13 und 14 des Ges. v. 20. August 1867). Die bezügliche Eintragung soll in der durch das Gericht anzuordnenden Weise veröffentlicht werden.

XII. Wenn ein gerichtlicher Befehl erfolgt ist, eine Gesellschaft gerichtlich oder unter Aufsicht des Gerichts zu liquidiren,[6]) so soll

[6]) Das englische Recht unterscheidet: die Liquidation findet statt als gerichtliche zufolge Spezialbeschlusses, bei Geschäftseinstellung, Zahlungsunfähigkeit, Sinken der Mitgliederzahl unter 7, sowie nach gerichtlichem Ermessen; als außergerichtliche kraft Spezialbeschlusses, Beschlusses wegen Zeitablaufs, außerordentlichen Beschlusses wegen Geschäftsverlegenheiten. Die gerichtliche Liquidation geschieht durch bestellte Liquidatoren unter gerichtlicher Aufsicht und Mitwirkung.

Digitized by Google

der Liquidator innerhalb eines Jahres nach der betreffenden Verfügung dem Gericht berichten:

a) über die Art und Weise, in welcher die Gesellschaft gebildet worden ist,

b) über die Ursachen des Mißerfolgs,

c) ob seiner Meinung nach irgend ein Betrug bei der Gründung resp. Errichtung oder nach der Gründung durch einen Direktor oder anderen Beamten verübt worden ist, event. von wem, und ob weitere Untersuchung erwünscht wäre. — Auch bei einer freiwilligen Liquidation soll das Gericht auf den Antrag eines Interessenten eine solche Berichterstattung verfügen dürfen. Die Sekt. 165 und 167 des Aktiengesetzes vom 7. August 1862 (Ersatzpflicht und strafrechtliche Verfolgung betreffend) sollen auch hier Anwendung finden.

Das Institut der obligatorischen Berichterstattung durch die Liquidatoren ist dem geltenden Rechte fremd.

XIII. Bei freiwilliger Liquidation soll der Liquidator einmal jährlich eine Generalversammlung berufen und ihr einen Bericht und eine Bilanz vorlegen. Die Generalversammlung soll mit einer Majorität von drei Viertheilen der Anwesenden bezüglich der Fortführung der Liquidation solche Resolutionen fassen, welche sie für geeignet hält. Doch soll eine derartige Resolution der Bestätigung durch eine Dreiviertelmehrheit einer zu diesem Zwecke zu berufenden zweiten Generalversammlung bedürfen. Die Befugniß der Generalversammlung, Direktiven für die Art und Weise der Liquidation zu geben, würde neu sein.

Was regierungsseitig zur „Begründung" des Entwurfs vorgebracht wurde, ist im Wesentlichen oben (s. zu I.) mitgetheilt worden.

Von gegnerischer Seite wird bemerkt:[7])

Im Allgemeinen: Die Vortheile, welche sich aus gesellschaftlichen Vereinigungen mit beschränkter Haftbarkeit ergäben, seien so

Bei der außergerichtlichen ernennt die Gesellschaft die Liquidatoren. Das Gericht kann die freiwillige Liquidation fortbestehen lassen, aber sie gerichtlicher Aufsicht unterwerfen, oder sie in gerichtliche umwandeln. A. d. R.

[7]) S. Hausard l. c.

Digitized by Google

groß und hätten dem Lande so unendlichen Nutzen gebracht, daß man sich ängstlich davor hüten müsse, Restriktionen, die nicht schlechterdings geboten seien, in die Gesetzgebung einzuführen; der Nutzen, den sie schaffen könnten, indem sie möglicherweise eine betrügerische Manipulation in einzelnen Fällen verhüteten, werde bei weitem durch den Nachtheil aufgewogen, den sie durch Erschwerung der Assoziation dem kommerziellen Leben zufügten.

Der vorliegende Entwurf sei eine retrograde Maßregel, indem er der Kompagniebildung wieder alle die Fesseln auferlege, von denen man sich durch die Gesetzgebung des Jahres 1862 u. ff. glücklich befreit geglaubt.

Im Einzelnen (ich übergehe diejenigen Ausführungen, deren Kern adoptirt worden ist und in der amendirten Form des Entwurfs Ausdruck gefunden hat): Das System der einstweiligen Registrirung tauge nichts; es sei nie etwas zu seinen Gunsten angeführt und dasselbe mit Recht von der neueren Gesetzgebung verworfen worden. (Für diesen Punkt werden weitere Gründe nicht gegeben.) Die Anstellung von Kuratoren (trustees), in deren Namen das Geld der einstweiligen Kompagnie deponirt werden solle, habe keinen Werth, da unredliche Gründer solche Leute anstellen würden, welche lediglich Werkzeuge in ihren Händen seien.

Die Vorschrift, wonach eine bestimmte Proportion von Aktien gezeichnet und resp. bezahlt sein müsse, bevor definitive Eintragung erfolgen könne, sei zu verwerfen. Es kämen sehr häufig Fälle vor, in welchen nur ein sehr geringer Prozentsatz des ausgeschriebenen Kapitals gebraucht werde, wie bei Bergwerken und Patenten, zu deren Betrieb unter Umständen ein größeres Kapital (wenn größere Anlagen nöthig würden), unter Umständen nur ein kleineres Kapital nöthig sei. Dies stelle sich erst im Laufe des Betriebs heraus, und müsse deshalb im Anfang ein möglichst weiter Spielraum gelassen werden.

Die strengen Anforderungen, welche der Entwurf bezüglich der Direktoren stelle, würden gewissenlose oder unbemittelte Leute nicht davon abhalten, Direktorate anzunehmen, während sie diejenigen Elemente, die Ehre oder Vermögen zu verlieren hätten, davon zurückschrecken müßten.

Was die Veröffentlichung der Bilanz anlange, so sei diese Be-

Digitized by Google

stimmung einerseits nutzlos, da sie dem Betruge kaum einen Riegel vorschiebe, andererseits schädlich, da sie ehrliche Gesellschaften zwingen werde, etwaige Geschäftsgeheimnisse, zu deren Wahrung sie legitimer Weise berechtigt seien, und welche vielleicht die Bedingungen für ihre Prosperität bildeten, der Konkurrenz zu enthüllen. Man dürfe Gesellschaften in dieser Hinsicht nicht ungünstiger stellen, als Privatfirmen. Es gäbe viele blühende Kompagnien von sehr langer Dauer, die ihren Aktionären nie eine Bilanz vorgelegt hätten. Jedenfalls werde der Vortheil, den eine solche obligatorische Veröffentlichung in einzelnen Fällen haben möge, den Nachtheil, welchen sie im Ganzen anrichten könne, nicht aufwiegen.

Schließlich wurde noch hervorgehoben, daß die Liquidatoren und die Gesellschaft bei freiwilliger Liquidation mehr in das Verhältniß von Gehülfe und Prinzipal (servant and master) gebracht werden müßten, sodaß es der Gesellschaft freistehe, den Einen zu entlassen und einen Anderen anzustellen.

Dies der wesentliche Inhalt der Verhandlungen, soweit er in Betracht kommt.

Es liegen ferner vor: Aeußerungen der Associated Chambers of Commerce und der Incorporated Law Society. Die ersteren nehmen nach kurzer Diskussion eine Resolution dahin gehend an, daß sie der Regierung für den Entwurf insofern dankbar seien, als er werthvolle Bestimmungen zur Verhinderung von Betrug und betrügerischen Vorspiegelungen enthalte, daß aber ein Gesetz nicht befriedigend sein würde, welches nicht bestimme, daß Aktiengesellschaften ebenso wie Privatfirmen im gewöhnlichen Konkursgerichte liquidirt werden müßten. (Mit Bezug auf diesen letzteren Punkt theilt mir der Sekretär mit, daß sie einen Entwurf in dieser Richtung der Regierung eingereicht hätten, dessen Vorlegung sie in der nächsten Session erwarteten). Die Incorporated Law Society, die die Solicitors von England vertretende Institution, äußerte sich in einer nur für Privatzirkulation unter den Mitgliedern des Vorstands bestimmten und deshalb nicht mittheilbaren Resolution.

Es ist ferner noch zu erwähnen, ein Essay von Edward Manson, in der Law Quarterly Review (January 1889). Derselbe bemerkt in der Einleitung, daß die Aktiengesetze unzweifelhaft in skandalöser Weise gemißbraucht worden seien, sucht aber dann zu

Digitized by Google

beweisen, daß bei dem außerordentlichen Nutzen, welchen die Aktiengesellschaften geschaffen hätten, eine reaktionäre Gesetzgebung nur vom Uebel sein könne. Er erklärt sich gegen das System der einstweiligen Registrirung, erstens weil darauf bezügliche Bestimmungen mit Leichtigkeit umgangen werden könnten, zweitens weil die Gesetzgebung ihre Sphäre verlasse, indem sie vorschreibe, wieviel Kapital gezeichnet, oder zur Stelle sein müsse, um eine Gesellschaft zur Existenz zu bringen. Er ist gegen die Bestimmungen des Entwurfs hinsichtlich der Prospekte, weil das bestehende Recht der Aufgabe völlig gewachsen sei, den Kampf gegen Entstellungen und unrichtige Darstellungen im Prospekt aufzunehmen, daß weder Sekt. 38 der Ges. v. 1867 noch Sekt. 7 dieses Entwurfs dem etwas hinzufüge; und daß es besser sein würde, es bei der Elastizität des Juristenrechts in Anwendung des bestehenden Gesetzes zu belassen, als die starren Worte eines Statuts, wie der Entwurf wolle, zu substituiren. Was die Bilanzen betreffe, so sei auch hier durch den Zwang der Veröffentlichung einerseits dem Betruge beizukommen, während er andererseits gesunde Unternehmungen zu schädigen geeignet sei. Manson ist ferner der Ansicht, daß wenn man überhaupt das Recht der Einmischung in die Geschäftsführung der Gesellschaften im Prinzip anerkenne, die geeignetste Instanz hierfür das Börsenkomitee sei, welches jetzt schon eine gewisse Kontrole ausübe.*) Er schlägt vor, sämtliche Kompagnien unter diese Kontrole zu bringen, indem man die Verbindlichkeit der Zeichnungen von der Zulassung

*) S. L. Goldschmidt, Reform des Akt.-Gesellsch.-Rechts 1884 S. 27.

Die Kontrole, welche die Börse gegenwärtig nach ihren Statuten ausübt, beruht auf folgenden Bedingungen für den Börsenhandel: Vorlegung der Gründungs-Dokumente (Rule 130). Beglaubigter Ausweis, betreffend die Zeichnungen und darauf gemachten Zahlungen. Bescheinigung des Bankiers, die Deposition derselben betreffend. Veröffentlichung des Prospekts. Ausschreibung von mindestens der Hälfte des nominellen Kapitals. Zahlung von 10 Prozent auf den gezeichneten Betrag. Angabe wie das Kapital aufzubringen sei. Angabe der an Konzessionseigenthümer u. dergl. zu zahlenden Beträge bezw. etwa bedingt zugetheilter Aktien. Die Zutheilung von mindestens $^2/_3$ des ausgeschriebenen Kapitals an das Publikum. Die Verpflichtung, daß die Gesellschaft ihre eigenen Aktien nicht erwerben darf. Endlich die Bevollmächtigung eines Mitgliedes der Börse, um der letzteren spezifizirte Mittheilung über Alles vom Komité Verlangte zu machen.

Digitized by Google

der Aktien zur Börsennotirung abhängig mache. Schließlich spricht er sich für Einführung des Kommanditgesellschafts-Systems aus, welches Tüchtigkeit in der Geschäftsführung mit dem Vortheil der Mitwirkung von Kapital verbinde.[9]) Der neue Entwurf, „Limited Partnerships-Bill" sei auf Einführung dieses Systems in England gerichtet.

Der Entwurf selbst und noch mehr die Verhandlungen zeigen, in wie zaghafter Weise man hier daran geht, der Bildung von Aktienvereinen Schranken irgend welcher Art zu ziehen. Die Kompagniebildung hat bekanntlich in England eine unglaubliche Höhe erreicht; es werden im Durchschnitt ca. 1900 Gesellschaften jährlich registrirt und die Zahl hat durch die im Jahre 1888 bedeutend erhöhte Eintragungsgebühr kaum irgend welche Herabminderung erfahren. Die Erhöhung der Gebühren, die einestheils fiskalische anderentheils prohibitive Zwecke (in Gemäßheit des Gutachtens der „Commission on the Depression of Trade") verfolgte, hat in ersterer Hinsicht einen großen Erfolg, in letzterer kaum eine bemerkenswerthe Wirkung erzielt. So stark ist das Bedürfniß nach kooperativer Kapitalsanlage in allen Schichten der Bevölkerung, die über freies Kapital zu verfügen haben.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Bemerkungen sein, die Frage nach dem Rechte des Einzelnen zur Verschaffung von höheren Einkommens-Bezügen durch die Betheiligung an Aktienunternehmungen vom ethischen Standpunkte zu erörtern.

Was die Frage der Nützlichkeit der Aktienvereine betrifft, so ist derselben in den Verhandlungen der Lords hinlänglich starker Ausdruck gegeben worden. Es ist eine unbestreitbare Thatsache, daß durch die gewerbliche Assoziationsfreiheit der Industrie neue Bahnen erschlossen sind, daß die alte englische Industrie, welche vielleicht im Kampfe mit der ihr vielfach ungewohnten Konkurrenz der ausländischen die Waffen gestreckt hätte, dadurch frischen Impuls und eine neue Basis erhalten hat, und daß durch das Zusammenströmen

[9]) Eigentliche Kommanditaktiengesellschaften sind dem englischen Rechte bisher fremd. Eine ähnliche Gesellschaftsform wird dadurch erreicht, daß der Gründungsentwurf der Aktiengesellschaft unbeschränkte Haftung der Direktoren bestimmen kann. A. d. R.

Digitized by Google

großer Kapitalsmengen die Möglichkeit eines Ausgleichs gegen die billigeren Arbeitskräfte des Auslands geboten worden.

Der vorliegende Entwurf stellt nun, ohne den Boden der Assoziationsfreiheit und des unbehinderten Selbstbestimmungsrechts der durch die Verträge und Zeichnungen zu Stande gekommenen geschäftlichen Vereinigungen zu verlassen, bestimmte Bedingungen auf, durch deren Erfüllung eine gewisse Gewähr für die bona fides geboten werden soll. Dies ist die ausschließliche Tendenz der fundamentalen Bestimmungen. Das „Konstruktionsprinzip" ist damit nicht aufgegeben. Der Staat intervenirt nicht in dem Sinne, daß er nach Art der Motive zum deutschen Gesetzbuch apodiktisch ausspricht: „Eure Unternehmung ist durchaus verfehlt. (Motive a. a. O.) Ihr könnt nicht ersprießlich wirken, da Ihr nicht das gesammte nominelle Kapital aufgebracht habt; ich muß Euch deshalb das Existenzrecht als Gesellschaft versagen." Der englische Gesetzgeber bleibt immer auf dem Standpunkte stehen, daß er nicht wissen könne, ob im einzelnen Falle das gesammte Kapital die unbedingt nothwendige Grundlage für die Zwecke der Vereinigung bilde. Mit jener Maßgabe überläßt er es den betheiligten Personen, selbst darüber zu bestimmen, ob sie unter den vorliegenden Umständen die Vereinigung fortsetzen oder auflösen wollen. Ein prinzipiell anderer Standpunkt würde hier als unannehmbar gelten. Es giebt eine große Anzahl durchaus gesunder Gründungen, die wegen irgend welcher widrigen Umstände, ungünstiger Konjunkturen oder dergleichen von vornherein nicht vollgezeichnet worden sind. Wäre ihnen das Existenzrecht entzogen, so würde erheblicher Schaden entstanden sein: dem Einzelnen wären die auf die Gründung verwandte Mühe, Zinsen und Kosten, der Allgemeinheit vielleicht ein gutes, zum Einzelbetrieb ungeeignetes, zum Aktien-Gesellschaftsbetrieb sehr geeignetes Objekt durch eine strenge Gesetzgebung verloren. Im Anschluß an die, eine Kontrole der bona fides der Gründung bezweckenden Bestimmungen wird, um jene nicht illusorisch zu machen, verordnet, daß das Gründungskapital binnen Jahresfrist nicht erhöht werden darf. — Zu jenen Vorschriften, welche einen gewissen objektiven Maßstab für die Ehrlichkeit der Gründung bieten sollen, bildet die Bestimmung, daß die Einzelzeichnungen nicht bindend sein sollen, wenn nicht die Gesammtzeichnungen den im Prospekt als

Digitized by Google

Bedingung für die Zutheilung angegebenen Mindestbetrag — eventuell das ganze nominelle Kapital — erreichen, gewissermaßen das subjektive Korrelat. Der Inhalt dieser Bestimmung stellt sich als eine bedeutungsvolle Ergänzung des Prospekts dar, welche den zur Zeichnung Aufgeforderten sofort ein Bild davon giebt, welche Vorstellungen die Gründer von dem nothwendigsten Betriebskapital haben und wie sich das Verhältniß zwischen diesem und dem erwünschten Kapital stellt. Bei großem Mißverhältnisse zwischen den beiden Ziffern wird, wenn dasselbe nicht gehörig motivirt ist, ein verständiger Mensch sich wohl hüten, zu zeichnen. Bezüglich der sogenannten Qualifikation der Direktoren, durch die ein unmittelbares Interesse des letzteren an dem Schicksale der Gesellschaft gesichert werden, und welche in dem Besitz von mindestens 20 Aktien bestehen soll, ist zu bemerken, daß dieser Antheil ein sehr geringfügiger ist, indem bekanntlich die meisten Gesellschaften Aktien zu £ 1 und £ 5 emittiren. In dem ursprünglichen Entwurf des Lord Chancellor wurde verlangt, daß die Direktoren in ihrer Gesammtheit einen proportionellen Antheil an dem Gesammtkapital haben müßten. Dies wurde in der Kommission verworfen, weil die Ansicht vorherrschte, daß es nicht sowohl darauf ankomme, reiche Leute als Direktoren zu ernennen, als tüchtige, die der Aufgabe der Gesellschaftsleitung gewachsen seien. Durch eine solche Bestimmung würde man den Kreis geeigneter Personen, der schon jetzt ein kleiner sei, zu sehr verengern.

Nachtrag.

Während der Regierungsentwurf, wie wir gesehen haben, Bestimmungen enthält bezüglich der Vollständigkeit des Prospekts, ist mittlerweile ein im Unterhaus von Abgeordneten eingebrachter Entwurf Gesetz geworden, welcher im Wesentlichen die Verschärfung der Verantwortlichkeit von Direktoren und Gründern für die im Prospekt mitgetheilten Thatsachen zum Zweck haben soll. Den Anstoß zu diesem gesetzgeberischen Akt hat eine richterliche Entscheidung des House of Lords über folgenden Fall gegeben: Der Prospekt einer Pferdebahngesellschaft enthielt die Mittheilung, daß die Gesellschaft

Digitized by Google

auf Grund ihrer Konzessionsurkunden das Recht zum Dampfbetriebe habe. Dies war nicht der Fall. Vielmehr war das qu. Recht abhängig gemacht worden von der Genehmigung des Handelsamts (board of trade), und letzteres genehmigte nur eine ganz kurze Strecke. Zur Zeit des Erscheinens des Prospekts glaubten allerdings die Direktoren, daß die Erlangung der Genehmigung ihnen keine Schwierigkeit bereiten würde, waren aber noch nicht darum eingekommen und hatten keinen berechtigten Grund für ihre Erwartung. Die Berufungsinstanz erkannte den Entschädigungsanspruch der Zeichner aus dem auf Grundlage des Prospekts geschlossenen Vertrage an. Der oberste Gerichtshof dagegen vernichtete die Vorentscheidung mit der Begründung, daß nur im Falle des dolus eine Haftbarkeit der Direktoren anzunehmen sei; Betrug liege vor, wenn eine falsche Sachdarstellung gegeben sei 1. wissentlich oder 2. ohne Glauben an die Wahrheit derselben oder 3. aufs Gerathewohl, gleichgültig ob sie wahr oder unwahr.

Diese unanfechtbare Gesetzesinterpretation erregte großes Aufsehen und theilweise Bestürzung in kommerziellen Kreisen und führte, wie bemerkt, zu der Einbringung eines Entwurfs, der in seiner ursprünglichen Gestalt, (auf die ich nicht eingehen will) einen förmlichen Vernichtungskrieg gegen die Direktoren erklären zu wollen schien. Derselbe ist zunächst im Unterhause, sodann im Oberhause erheblich modifizirt und abgeschwächt worden und hat nun etwa folgenden Inhalt:

Jeder Direktor (ich bemerke daß im englischen Recht eine Theilung der Funktionen zwischen zwei Organen, wie Direktoren und Aufsichtsrath, nicht vorhanden ist) und jeder Gründer, sowie Jeder, welcher zur Veröffentlichung des Prospekts autorisirt hat, soll Jedem, der im Vertrauen auf den Inhalt des Prospekts gezeichnet hat, schadensersatzpflichtig sein für eine unwahre Angabe in demselben, sofern nicht bewiesen wird, a) daß der in Anspruch Genommene guten Grund (reasonable ground) für die Annahme hatte, daß die Angabe wahr sei, b) bezüglich einer in einem Sachverständigen-Gutachten enthaltenen unwahren Thatsache, daß wirklich eine wahrheitsgetreue Mittheilung des Gutachtens vorliege (dasselbe gilt entsprechend für amtliche Schriftstücke) und daß der Betreffende guten Grund hatte, an die Kompetenz des Sachverständigen zu glauben.

Digitized by Google

Auch soll er von der Haftbarkeit befreit sein, wenn er nachweist, daß er vor dem Erscheinen des Prospekts seine Theilnahme zurückgezogen und diese Thatsache sowohl wie seinen Beweggrund öffentlich bekannt gemacht habe.

Es folgen sodann einige Definitionen, eine Uebergangsbestimmung und eine Vorschrift betreffend Schadloshaltung von solchen Personen, welche unrechtmäßigerweise als Direktoren im Prospekt aufgeführt sind. Zum Schlusse wird noch das Regreßrecht der einzelnen Angegriffenen gegen die übrigen Verhafteten statuirt.

Das wesentlich Neue in dem Gesetz ist:

1. daß es die Haftpflicht ausdehnt auf Fälle, in denen subjektiv guter Glaube vorhanden gewesen sein mag, objektiv aber kein annehmbarer Grund für solchen Glauben nachgewiesen werden kann; mit anderen Worten, daß es den Direktoren zur Pflicht macht, positiv zu prüfen und sich nicht damit zu begnügen, die Augen zu schließen;
2. daß es dem Angegriffenen die Beweispflicht auferlegt (cf. Art. 213a Abs. 2 H.-G.-B.) Dieser Satz stieß auf heftigen Widerstand, und man prophezeite, daß er die Entfernung aller guten Elemente aus den Direktoraten zur Folge haben würde. Von der anderen Seite wurde darauf hingewiesen, es sei billig, daß man für einen thatsächlich zugefügten Schaden seine Entschuldbarkeit darthue, auch werde dies in Praxis keinen wesentlichen Einfluß auf Verhandlung und Urtheilsfindung haben. Das Letztere wird abzuwarten sein;
3. das Regreßrecht unter den Theilnehmern, (welches sonst bei Delikten ausgeschlossen ist), wie wenn sie durch Vertrag verbunden wären.

Digitized by Google

Literatur.

I.

Civiliſtiſche Rundſchau.

Von **Dr. Ludwig Goldſchmidt,**
Richter beim Amtsgericht Gelſenkirchen.

Ferdinand Böhm, Die räumliche Herrſchaft der Rechtsnormen (örtliche Statutenkolliſion) auf dem Gebiete des Privatrechtes, einſchließlich des Handels-, Wechſel- und Konkursrechtes. 1890. Erlangen, Palm und Enke, IX und 237 Seiten.

Seitdem zuerſt Bartolus ad tit. Cod. de summa trinitate 1, 1 n. 13—51 eine eingehende Theorie der ſog. Statutenkolliſion aufgeſtellt, deren einzelne Sätze er ſämmtlich mit Stellen des Corpus juris glaubte belegen zu können, iſt längſt der darin liegende Irrthum erkannt. Man verſuchte, nach inneren Kriterien den Geltungsbereich der Rechtsnormen feſtzuſtellen und ſchied zu dieſem Behuf, ob das Statut de personis, de rebus oder de solennite actus diſponire; ſeit dem 16. Jahrhundert bemerkte man, daß dieſe Eintheilung nicht erſchöpfe, und erſetzte die letzte Statutengruppe durch die statuta mixta, d. h. diejenigen Statuten, welche weder dem Perſonen-, noch dem Sachenrecht angehören. Während man nun bezüglich des Geltungsbereiches der ſog. statuta personalia und realia im Weſentlichen zu allgemein anerkannten Grundſätzen kam, gelang dies bezüglich der dritten Gruppe nicht und konnte nicht gelingen, weil der rein negative Begriff der statuta mixta die verſchiedenartigſten Rechtsnormen zuſammenfaßte, für deren Geltungsbereich ein gemeinſamer Grundſatz nicht zu finden war. Man ſuchte nun für die verſchiedenen Arten der darunter fallenden Statuten die denſelben entſprechenden Grundſätze auf, über welche ſich aber eine communis opinio nicht zu bilden vermochte. Trotzdem die neuere Literatur manch brauchbares Reſultat für unſere Lehre zu Tage gefördert, iſt auch heut noch ein für die Praxis überaus bedenklicher Kontroverſenreichthum das Charakteriſtikum derſelben geblieben. Dies iſt um ſo unerquicklicher, als die moderne Entwickelung mit ihrem ſtetig ſteigenden Verkehr, mit ihrer Freizügigkeit, die

Digitized by Google

Statutenkollision aus einer in der Gerichtspraxis verhältnißmäßig seltenen Erscheinung zu einer solchen des täglichen Lebens gemacht. Eine in den schwierigen und umstrittenen Fragen rasch und zuverlässig orientirende Arbeit muß daher als höchst verdienstlich bezeichnet werden. Unerläßliche Voraussetzung dafür ist sorgfältige Durchprüfung der Rechtsprechung, als des einzigen halbwegs festen Punktes in der Flucht der Kontroversen. Diese Verwerthung der Judikatur ist dem Verfasser vorzüglich gelungen. Derselbe behandelt in neun Kapiteln die Formen der Rechtsgeschäfte, das Personenrecht, das Sachenrecht, das Recht der Obligation, das Handelsrecht, das Wechselrecht, das Erbrecht, das Konkursrecht. Die Anordnung ist durch die Eigenart unserer Materie durchaus gerechtfertigt; nur wären vielleicht die §§. 16—18 und der §. 21, soweit er von der Verjährung handelt, besser in das erste Kapitel gestellt worden. Die Berücksichtigung der Literatur ist eine für die praktischen Zwecke, welche sich das Buch gesetzt hat, völlig ausreichende. Bei keiner der für die Praxis erheblichen Fragen dürfte das Werk den Antwortsuchenden im Stich lassen. Nimmt man die Klarheit und Durchsichtigkeit der Darstellung, ein für rasche Orientirung recht erhebliches Moment, hinzu, so dürfte das verdienstvolle Werk wohl bald auf keinem Gerichtstische fehlen.

Eugen Muskat, Das zukünftige deutsche Civilrecht. Allgemeiner Theil. 1890. Breslau, Preuß u. Jünger, IX und 138 Seiten.

Die vielbeklagte Unvolksthümlichkeit der Ausdrucksweise des Entwurfs hat den Verfasser bewogen, die Bekanntschaft mit dem in demselben enthaltenen Rechtsstoffe weiteren Kreisen durch eine systematische, möglichst knapp gehaltene und gemeinverständliche Darstellung zu vermitteln; kritische Erörterungen sind im Interesse objektiver Darstellung prinzipiell vermieden; das System ist das des Entwurfes. Die Aufgabe, die sich die Darstellung gesetzt, ist glücklich gelöst. Das hauptsächlichste Mittel dazu boten und mußten bei Lage der Sache bieten die Motive, welche gerade in der Fassung sich so überaus vortheilhaft von dem Entwurf abheben. Allein ein so gewichtiges und werthvolles Mittel für die Feststellung des Inhalts des Entwurfs die Motive auch bilden, so ist es doch wohl eine Ueberschätzung derselben, sie als ein authentisches Interpretationsmittel desselben zu erachten (S. III). Verfasser übersieht dabei, daß es sich ja gar nicht um Motive handelt, welche von der Gesetzgebungskommission als solcher veröffentlicht worden sind, und geht, wie schon die bisherige Literatur über den Entwurf zur Genüge beweist, gewiß zu weit, wenn er meint, daß „an der Hand der Motive . . . der Weg durch dieses Labyrinth von Bestimmungen nicht zu verfehlen" sei. Eine derartige Werthung der Motive enthält die Gefahr, daß letztere den Entwurf erdrücken und daß der Motiveninhalt dem Gesetzesinhalt surrogirt wird. Referenten will es scheinen, als ob auch der Verfasser dieser Gefahr theilweise unterlegen wäre. Das zeigt sich vor Allem bei den das Wesen der Rechtsinstitute betreffenden Ausführungen, bei denen gegenüber den weitgreifendsten, auch durch den Entwurf nicht gelösten und zum guten Theil durch ihn gar nicht lösbaren Streitfragen schlechthin die Ansicht der Motive als die maßgebliche hingestellt wird. Jede Kodifikation ist ein geistiges Ganze, welches, soll man nicht

Digitized by Google

auf Irrwege gerathen, aus sich heraus erklärt werden muß. Motive, die sich als eine so bedeutende Arbeit darstellen, wie die des Entwurfes, werden dabei treffliche Dienste zu leisten vermögen, aber nur dann, wenn man sich dabei gegenwärtig hält, daß es schlechterdings unmöglich war, bereits bei Ausarbeitung der Motive die theoretische Tragweite und die praktische Bedeutung der einzelnen Bestimmungen für sich und in ihrem gegenseitigen Ineinandergreifen zu übersehen.

Alfred von Kemnitz, Die allgemeinen Grundsätze des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. 1891. Frankfurt a. O., Trowitzsch und Sohn, VIII und 170 Seiten.

Die vorliegende Arbeit beabsichtigt ein vollständiges Bild der allgemeinen Rechtssätze zu geben, welche nach Absicht des Entwurfes mit dem Inkrafttreten des deutschen Civilgesetzbuches zur Geltung gelangen sollen. Diese Normen finden sich nicht allein im allgemeinen Theil des Entwurfes, sondern auch im Entwurf des Einführungsgesetzes, in verschiedenen Reichsgesetzen, insbesondere in der Civilprozeßordnung, und in dem Landesrecht. Diese so mannigfach zerstreuten Sätze will Verfasser in systematischer Darstellung zusammenfassen, und zwar in der Weise, daß aufgezeigt wird, wie das bürgerliche Gesetzbuch in dem Gebiete des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten zur Anwendung gelangen soll. Bei der Darstellung ist die Verschiedenheit, welche der Entwurf gegenüber dem bisherigen preußischen Recht aufweist, hervorgehoben; auch das gemeine Recht ist nicht unberücksichtigt geblieben. Die Grundlage der Arbeit bilden die Motive und die Entscheidungen des Reichsgerichtes; von literarischen Hilfsmitteln sind namentlich Dernburg's Preußisches Privatrecht und Windscheid's Pandekten zu Rathe gezogen, vor Allem zum Versuch der Lösung der in den Motiven der Wissenschaft zur Lösung überlassenen Fragen. In zwölf Kapiteln behandelt Verfasser die Rechtsnormen, die Privatrechte im subjektiven Sinne, die Personen (physische und juristische), die Rechtsgeschäfte, die Verschuldung, den Irrthum, die Zeitbestimmungen, die Anspruchsverjährung, die Selbstvertheidigung und Selbsthilfe, den Prozeß und die Sicherheitsleistung. Ohne jede der Ausführungen des Verfassers zu billigen, (so wenn z. B. S. 40 behauptet wird, daß „an und für sich" nur Menschen rechtsfähig seien, aber von der Jurisprudenz auch Personenvereinen und Stiftungen juristische Persönlichkeit beigelegt werde; die älteste juristische Person war lange vor der ältesten Jurisprudenz da), so erachtet doch Referent die Arbeit als einen im Wesentlichen wohlgelungenen Versuch der Lösung einer schwierigen Aufgabe. Dem preußischen Juristen wird dieselbe sich als ein willkommenes Hilfsmittel zur Einführung in die allgemeinen Grundsätze des Entwurfs erweisen.

Adolf Rüdiger, Vereine und Genossenschaften. Zweite Auflage 1890. München, J. Schweitzer, 23 Seiten.

Das bereits zum zweiten Mal aufgelegte Schriftchen will das Verständniß der modernen Vereins- und Genossenschaftsgesetzgebung weiteren Kreisen vermitteln. Es legt zu diesem Zweck zunächst die Bedeutung der genossenschaftlichen Vereini-

Digitized by Google

gung im Allgemeinen dar, giebt in Grundzügen einen Abriß ihrer Geschichte, weist die Unbrauchbarkeit der römisch-rechtlichen Gesellschaftstheorie für das moderne Leben nach und erörtert die Versuche der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, um den Bedürfnissen desselben zu genügen. Der zweite Theil hat es dann mit dem geltenden Recht zu thun, indem er die Organisation und die Rechte der anerkannten Vereine und eingetragenen Genossenschaften behandelt, und zwar zunächst die Entstehung des Vereins und den Erwerb der Mitgliedschaft (§. 7), dann die Organisation, die Willens- und Handlungsfähigkeit des Vereins (§. 8) und endlich die Rechtsfähigkeit des Vereins nach innen (§§. 9, 10). Von den bezüglichen Ausführungen sei hervorgehoben der Nachweis, daß die Genossenschaft nicht durch Vertrag der das Statut Vereinbarenden entsteht, daß vielmehr die Feststellung desselben ein die Bildung der Genossenschaft vorbereitender gesetzgeberischer Akt ist, welcher erst dadurch rechtliche Bedeutung erlangt, daß eine Anzahl Personen, und zwar jeder einzelne für sich durch einseitigen Willensakt, dem geschaffenen Gesetze sich unterwirft und dadurch die Korporation selbst zur Entstehung bringt; der das Statut festsetzende Beschluß bindet nicht einmal die Zustimmenden (S. 15). Die spätere Mitgliedschaft entsteht durch Verleihung seitens der berufenen Organe (S. 16). Auch auf die Ausführung über die Rechtsfähigkeit des Vereins nach innen (das Recht der Gesetzgebung, Selbstverwaltung, Selbstbesteuerung, Gerichtsbarkeit) sei hingewiesen. Der Verfasser schließt seine Arbeit mit der Forderung, daß das bürgerliche Gesetzbuch sich nicht auf die ungenügende Bestimmung in §. 42 des Entwurfes beschränke, sondern „die Frage der rechtlichen Natur der genossenschaftlichen Vereine prinzipiell regele".

Karl Hager, Ueber die Aufnahme des Wasserrechts in das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, mit besonderer Rücksicht auf die Frage der Flußverunreinigung durch Fabrikabwässer. 1890. Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht, 43 Seiten.

Das Wasserrecht gehört zu denjenigen Materien, deren Regelung der Entwurf dem Landesrecht überlassen will. Doch fehlen in dem Entwurf weder Bestimmungen von unmittelbarem wasserrechtlichen Inhalt — §. 856 — noch solche, in welchen sich wenigstens mittelbar ein Stück Wasserrecht findet — §§. 786, 890 und, worauf Verfasser als der erste hinweist, §. 850. Bei letzterer Norm wird mit Recht eine weitere Fassung gewünscht, etwa dahin, daß „feste und luftförmige Substanzen, sowie Wärme, Erschütterungen, Geräusch, Licht und dergleichen" als unter Umständen zu duldende Zuführungen aufgeführt werden. Hieran schließt sich die Ausführung, daß am Privatfluß nach Preußischem Recht kein Eigenthum der Anlieger, sondern nur Nutzungsrechte nach Art der Prädialservituten bestehen. Bei Verunreinigung des Wassers durch industrielle Anlagen stehe dann die Besitzstörungsklage zu, und zwar allein, da die Negatorienklage einen das Recht des Adjazenten schmälernden Eingriff voraussetze, welcher bei solcher Verunreinigung völlig ausgeschlossen sei. Die Besitzstörungsklage greife aber nur dann durch, wenn der Anlieger durch die Verunreinigung in der thatsächlich stattgehabten Ausübung seiner Gebrauchsrechte wirklich gestört worden sei;

Digitized by Google

eine solche Ausübung soll aber nicht schon in der Nutzung des Wassers innerhalb der Grenzen des Gemeingebrauches zu sehen, und als eine Störung nur eine solche Verunreinigung zu betrachten sein, welche das Wasser für den Anlieger für die Art des wirklich stattgehabten Gebrauchs — als Triebmittel, industrielle Nährkraft, Bewässerungsmittel — unverwendbar mache. Als Beitrag zu der warm empfohlenen Regelung der Grundlagen des Wasserrechts im Deutschen Civilgesetzbuch werden schließlich die in den verschiedenen deutschen Landestheilen geltenden wasserrechtlichen Grundsätze zusammengestellt. Berücksichtigt ist das gemeine Recht (römisches, älteres deutsches Recht), das preußische Recht (Landrecht, code Napoléon, Privatflußgesetz vom 28. Februar 1843, Wiesenordnung für den Kreis Siegen vom 28. Oktober 1846), das bayerische, sächsische, württembergische, badische, hessische, oldenburgische, weimarische, anhaltische, braunschweigische, koburgisch-gothaische, altenburgische, schwarzburg-rudolstädtische, reuß (j. L.)'sche, meiningensche, lippe-detmoldsche, schwarzburg-sondershausensche und österreichische Recht. Als gemeinsame Grundsätze dieser Rechte ergiebt sich Folgendes: Die schiffbaren Flüsse sind öffentlich, die nicht schiffbaren Flüsse stehen nur nach bayerischem Recht im Privateigenthum, welches übrigens erheblich beschränkt ist; in den anderen Gesetzgebungen sind sie nur mehr oder minder beschränkten Gebrauchsrechten der Anlieger unterworfen; in den übrigen Gesetzgebungen sind sie ebenfalls öffentlich. Dauernde Anlagen in und an den Flüssen sind in der Mehrzahl der Gesetzgebungen genehmigungspflichtig. Das geschlossene Wasser und dessen Abfluß bis zur ursprünglichen Grundstücksgrenze ist in allen Wassergesetzgebungen Privateigenthum. Anlandungen und entstehende Inseln gehören den Anliegern. Mit verlassenen Flußbetten werden die durch die Veränderung des Flußlaufs berührten Grundeigenthümer entschädigt. Folgende Grundsätze empfiehlt der Verfasser zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch.

I. Das freie fließende Wasser ist für den Gebrauch der Gesammtheit bestimmt.

II. Derselbe ist Jedermann auszuüben gestattet, insoweit es ohne besondere Anlage und ohne rechtswidriges Betreten fremden Grund und Bodens geschehen kann.

III. Der Gebrauch darf nur geschehen mit Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt, die Rechte Dritter und ohne nutzlose Verschwendung des Wassers.

IV. Benutzungsrechte, deren Ausübung bleibende Anlagen erfordert oder den Gemeingebrauch ausschließt oder einschränkt oder den Lauf oder die Beschaffenheit des Wassers ändert, können nur durch behördliche Genehmigung erworben werden.

V. Im Privateigenthum des Grundbesitzers befindet sich das in Teichen, Brunnen, Zisternen und dergleichen eingeschlossene Wasser, das auf einem Grundstück entspringende und das darauf sich natürlich sammelnde Wasser, sowie die Abflüsse dieser und der geschlossenen Wasser, so lange sie noch auf dem Ursprungsgrundstück fließen.

VI. Ein Erdkörper, welcher durch die Gewalt des Wassers von einem Grundstück losgerissen und mit einem andern Grundstück vereinigt ist, wird ein wesentlicher Bestandtheil des letzteren, wenn entweder seine Unterscheidung von diesem Grundstück nicht mehr möglich ist, oder wenn die Vereinigung ein Jahr bestanden hat, ohne daß der Eigenthümer oder sonst ein Berechtigter sein Recht durch Erhebung der Klage geltend gemacht hat.

Digitized by Google

VII. Ausbreitungen des Ufers, die durch das Zurücktreten des Wassers oder durch Anspülen fremden Erdreichs erfolgt sind, wachsen dem Eigenthum der Uferanlieger zu.

VIII. Inseln, welche in den Flüssen entstehen, gehören den Uferanliegern mit der Maßgabe, daß die Mittellinie des Flusses das Eigenthum der gegenüberliegenden Anlieger trennt.

IX. Inseln, welche durch Abzweigung eines Flußarmes gebildet sind, verbleiben den bisherigen Grundeigenthümern.

X. Verlassene Flußbetten können von den Eigenthümern desjenigen Grund und Bodens, der von dem neuen Flußlauf überströmt wird, zur Entschädigung beansprucht werden.

Woldemar Marcusen, Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf. 1890. Bern, Hallersche Buchdruckerei, 63 Seiten.

Eine vergleichende Rechtsstudie, deren Werth in einer ziemlich reichen Kasuistik liegt, und die durch letztere Manches zur Klärung der Lehre vom negativen Vertragsinteresse beiträgt. Behandelt werden insbesondere die Fälle der Unfähigkeit eines Kontrahenten, der sog. Willensmängel und des Widerrufs einer Offerte. Die Einzelausführungen rufen mancherlei Widerspruch hervor. So wenn auf S. 15 ausgeführt wird, daß bei Wahnsinnigen und Kindern von einer Haftung für negatives Vertragsinteresse natürlich nicht die Rede sein könne, da sowohl culpa wie dolus hier ausgeschlossen seien, während nach S. 8 die Grundlage jener Haftung gar nicht in einer culpa zu suchen ist. Auch zeigt ja der Art. 58 O.-R., daß eine solche Haftung zurechnungsunfähiger Personen dem positiven Recht durchaus nicht unbekannt ist. Nach S. 19 soll im Fall der Drohung ein unzuverlässiger Wille vorliegen, während doch nur so viel richtig ist, daß der völlig zuverlässige Wille in seiner Bildung ungehörig beeinflußt ist. Auf S. 23 begegnet uns die oft gehörte Behauptung, daß die Einrede der Mentalreservation nicht berücksichtigt werden kann, da sie die Einrede der Lüge und daher eine unsittliche Vertheidigung sei. Das kann für zutreffend nicht erachtet werden. Man denke nur an den Fall, daß eine Erklärung unter dem Einfluß der Drohung abgegeben ist; hier kann doch die Vertheidigung des Bedrohten mit dem inneren Vorbehalt, das Erklärte nicht gewollt zu haben, als unsittlich gewiß nicht bezeichnet werden. Und doch kann er sich ihrer nicht bedienen, ist vielmehr auf die Rechtsmittel aus dem metus verwiesen[1]). Auch gestattet Verfasser ja durchaus zutreffend die Vertheidigung mit der Mentalreservation, wenn der Gegner den Mangel der Uebereinstimmung der Erklärung mit dem Willen gekannt hat. Und doch hat hier der Erklärende um nichts weniger gelogen. Der Satz, daß die im Scherz abgegebene Erklärung ungültig ist (S. 26), ist viel zu weit. Vielmehr ist bei Verkehrsgeschäften die Erklärung wirksam, wenn der Scherz nicht aus den begleitenden Umständen erhellte oder sonst dem Gegner bekannt war. Verfasser hingegen will den Scherzenden

[1]) Vgl. Kohler in Ihering's Jahrb. 16 S. 96 f., 28 S. 194 f. A. d. R.

Digitized by Google

aus dem Geschäft nie, aus seinem dolus auf das negative Vertragsinteresse aber nur dann haften lassen, wenn der Scherzende sieht, daß der andere Theil aus seiner Erklärung falsche Schlüsse zieht und dieselben nicht rechtzeitig aufklärt. In dem Abschnitt über „gesetzliche Präsumtionen, durch welche Gültigkeit eines an sich ungültigen Vertrages supplirt wird" (S. 27), spricht Verfasser von Interpretationsregeln, durch welche unter Umständen ebenfalls das Willensdogma umgestoßen wird. Es ist nicht recht einzusehen, in welcher Weise das wahre und echte Interpretationsregeln vermöchten. Sie setzen ja einen wirklichen Willen voraus und haben es bloß mit dessen Zweifel erregender und Aufklärung heischender Erklärung zu thun. Auch ist eben deshalb, wo eine echte Interpretationsregel statt hat, für eine „gesetzliche Präsumtion" der Willenserklärung kein Raum. Verfasser hat dabei die Fälle im Auge, in denen wegen der besonderen Natur des Geschäfts eine Annahmeerklärung nicht erwartet wird. Dann bedarf es keines Acceptes und erfolgt auch regelmäßig keines, also ist kein Objekt für eine Interpretationsregel gegeben. Aber auch ob eine gesetzliche Präsumtion der Annahmeerklärung in Frage kommen kann, darf billig bezweifelt werden. Von einer echten Präsumtion, als welche allein die sogenannte praesumtio iuris zu erachten, kann keine Rede sein; denn diese hat es nur mit einer Verkehrung der Beweislast zu thun, so daß der Gegenbeweis der nicht erfolgten Annahme offenstehen müßte, während doch nur der Beweis der innerhalb angemessener Frist erfolgten Ablehnung offen steht. Die praesumtio iuris et de iure aber besagt, daß es dahin gestellt bleiben kann, ob ein zur Erzeugung der in Frage stehenden Rechtswirkung erforderliches Moment in concreto vorliegt. Nennen wir jenes Moment x, die übrigen Thatbestandsmerkmale a, so erhalten wir vom Standpunkt der rechtlichen Wirkung aus die Gleichung $a + x = a$, d. h. x ist in seiner rechtlichen Wirkung $= o$. Auf den vorliegenden Fall angewandt, heißt das aber: es bedarf der Annahmeerklärung nicht oder es tritt die Vertragswirkung ein, ohne daß ein für den Vertragsbegriff wesentlicher Bestandtheil gegeben ist, mit andern Worten es liegt Vertragswirkung ohne Vertrag vor. Man nehme an, daß Offerent im Moment des Einlaufens der Offerte beim Adressaten verstorben. Da nach gemeinem Recht die Offerte eine unvererbliche rechtliche Situation schafft, müßte der darauf zur Ausführung des Auftrages schreitende Oblat nicht aus dem nunmehr unmöglich gewordenen Vertrage auf die Gegenleistung, sondern nur etwa auf die Bereicherung klagen dürfen. Man sieht, die Vorstellung von dem Vertragscharakter solcher Akte ist durchaus nicht praktisch ungefährlich. Nach S. 46 weicht der deutsche Entwurf vom O.-R. insofern ab, als derselbe im Fall des Betruges an Stelle relativer Nichtigkeit blos Anfechtbarkeit statuirt. Das ist unrichtig. Die Anfechtbarkeit des Entwurfes ist nicht ein minus gegenüber der relativen Nichtigkeit, sondern ist vielmehr genau dasselbe. Auf S. 57 begegnet uns wieder eine gesetzliche Präsumtion für das Zustandekommen eines Vertrages. Es ist der Fall des §. 85 des Entwurfs. Dieselbe soll zur Strafe für den Offerenten eintreten, obgleich denselben gar kein Verschulden zu treffen braucht und sich sogar der Vertrag für ihn als recht vortheilhaft erweisen mag; denn der §. 85 trifft ja nicht blos den Fall, daß die Anzeige nicht rechtzeitig, sondern auch den, daß eine solche überhaupt

Digitized by Google

nicht abgesandt worden ist. Auf die Entscheidnng einzelner Rechtsfälle, die theilweise nicht unbedenklich ist — vergleiche z. B. S. 43 — verbietet der Raum näher einzugehen.

Ludwig Laß, Haftpflichtrecht und Reichsversicherungsgesetzgebung. 1890. Marburg, Oskar Ehrhardt, 177 Seiten.

Das Buch bietet eine für den praktischen Gebrauch bestimmte Bearbeitung des Haftpflicht- und des Arbeiterversicherungsrechts und kann für diesen Zweck durchaus empfohlen werden. Es ist im Wesentlichen erschöpfend und zuverlässig und in einer auch dem Laien verständlichen Weise geschrieben. Nachdem Verfasser im ersten Abschnitt das Haftpflichtrecht in seinem Bestande vor der Arbeiterversicherungsgesetzgebung behandelt, wendet er sich den haftpflichtrechtlichen Bestimmungen der Reichs-Versicherungsgesetze zu. Der dritte Abschnitt behandelt die Frage, wie weit das von letzteren vorgefundene Haftpflichtrecht noch fortbesteht; der Schlußabschnitt ist dem Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetz, welches in den vorigen Abschnitten noch keine Berücksichtigung gefunden hat, allein gewidmet, welche Inkonzinnität wohl lediglich äußere Gründe verschuldet haben.

Bosse und v. Woedtke, das Reichsgesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung, vom 22. Juni 1889. Nach amtlichen Quellen. Erste Lieferung. 1890. Leipzig, Duncker und Humblot.

Das dem Staatsminister von Bötticher gewidmete Werk wurde von allen Betheiligten mit der größten Spannung erwartet. Der Grund hierfür ist derselbe aus welchem sich die Verfasser trotz ihrer außerordentlichen Belastung durch dienstliche Thätigkeit dazu verstanden haben, auch ihrerseits mit einer Erläuterung des Gesetzes hervorzutreten. Das Vorwort besagt hierüber das Folgende: „Wir sind in amtlicher Eigenschaft bei der Entstehung des Gesetzes betheiligt gewesen und haben die verschiedenen Stadien der Entwickelung, welche das letztere durchlaufen hat, unmittelbar miterlebt. Das gesammte Material ist durch unsere Hände gegangen, und wir haben den Verhandlungen über das Gesetz im Bundesrath und im Reichstag als Kommissare beigewohnt. Wir haben daher die Vorgeschichte des Gesetzes aus unmittelbarer Anschauung kennen gelernt und Gelegenheit gehabt, über die aus den schriftlichen Aufzeichnungen nicht immer mit voller Deutlichkeit ersichtlichen Absichten der gesetzgebenden Faktoren uns zuverlässig zu unterrichten. Ueberdies sind wir vermöge unserer amtlichen Stellung berufen, bei der Durchführung des Gesetzes mitzuwirken und dadurch genöthigt, dasselbe zu diesem Zweck eingehend und fortlaufend zu erforschen. Alle diese Umstände haben dazu geführt, uns mit dem Gesetze, dessen innerem Zusammenhange, wie dessen Einzelheiten in besonderem Maße vertraut zu machen. Wenn auch diese genauere Kenntniß des Gesetzes zunächst unserer amtlichen Thätigkeit zu dienen hat, so haben wir uns doch zu der Annahme berechtigt gehalten, daß es uns beschieden sein könne, mit der Darlegung unserer Auffassung des Gesetzes das Verständniß des letzteren in weiteren Kreisen zu fördern, seine Durchführung zu erleichtern und

Digitized by Google

den damit befaßten Behörden und Beamten einen bescheidenen Dienst zu erweisen." Bei den großen Schwierigkeiten, welche die Neuheit der Materie der Auslegung und Durchführung bietet, ist es erklärlich, daß die betheiligten Kreise dem Abschluß eines Gesetzeskommentars von solch berufener Seite mit Ungeduld entgegensehen. Die vorliegende erste Lieferung enthält einen Theil der Einleitung, welcher uns die Entwickelungsstadien der Arbeiterversicherungs-Gesetzgebung bis zu der Vorlegung des Entwurfes eines Gesetzes, betreffend die Alters- und Invaliditätsversicherung, vor Augen führt. Vollständig wiedergegeben sind dabei die im Jahre 1887 dem Volkswirthschaftsrath vorgelegten Grundzüge zur Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter, die diesen Grundzügen beigegebene Denkschrift, der erwähnte Gesetzentwurf und der allgemeine Theil der dem Entwurfe beigefügten ausführlichen Begründung. Hoffentlich schreitet die Arbeit vor Inkrafttreten des Gesetzes noch ein gut Stück weiter fort; gerade dann würde sie die schätzbarsten Dienste leisten.

Ludwig Fuld, Das Reichsgesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung, vom 22. Juni 1889. 1890. Erlangen, Palm und Enke, 561 Seiten.

Die vorliegende dem Minister von Boetticher gewidmete Arbeit ist ein Separatabdruck aus der „Gesetzgebung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen" eine Sammlung, welcher wir schon so manche werthvolle kommentarische Darstellung verdanken. Der gegenwärtige Kommentar zeichnet sich vor Allem dadurch aus, daß er über der Auslegung des einzelnen Satzes nicht dessen inneren Zusammenhang mit den übrigen Sätzen übersieht und so bereits werthvolle Ansätze zu systematischer Darstellung einzelner Partien bietet. Bilden nach Lage der Sache auch die Motive, die Reichstagsverhandlungen und die Kommissionsberichte bei der völligen Neuheit der Materie nothwendig das hauptsächlichste Auslegungsmaterial, so ist doch Verfasser ihnen gegenüber selbständig genug, um der Gefahr zu entgehen statt eine Auslegung des Gesetzes eine Darlegung des in den einzelnen Stadien Gewollten zu geben. Die Klarheit und Durchsichtigkeit der Darstellung, welche ein besonderer Vorzug der Arbeit ist, treten insbesondere in der Einleitung hervor, welche in großen Zügen die historische Entwicklung der Anschauungen, aus denen die sozialpolitischen Gesetze erwachsen sind, und den Hauptinhalt der Invaliditäts- und Altersversicherung darlegt. Den Schluß des Werkes bildet ein ausführliches und zuverlässiges Sachregister. Druck und sonstige Ausstattung sind vorzüglich. So sei denn die Arbeit, welche sich bald einen maßgeblichen Platz in der Praxis erobert haben dürfte, Allen, welche dazu berufen sind an der Durchführung des Gesetzes mitzuarbeiten, auf das beste empfohlen.

Karl Degenhard Menzen, Reichsgesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung, vom 22. Juni 1889. Zweite Auflage. 1890. Paderborn, Ferdinand Schöningh, XVIII und 70 Seiten.

Die vorliegende zweite Auflage der Menzen'schen Textausgabe mit Anmerkungen ist durch die seither erlassenen Ausführungsbestimmungen vermehrt. Die kurzen

Digitized by Google

Anmerkungen heben das Wichtigste aus den Motiven hervor. Ein gut gearbeitetes Sachregister erhöht die Brauchbarkeit des handlichen Büchleins.

Otto Richter, Das achte Buch der Civilprozeßordnung: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (Exekutionsordnung). 1890. Düsseldorf, L. Schwann, IX und 433 Seiten.

Die Lehre von der Zwangsvollstreckung pflegt in den Vorlesungen unserer Universitäten schlecht wegzukommen. Einer selbständigen Vorlesung wird sie trotz ihres hohen theoretischen Interesses und ihrer großen praktischen Wichtigkeit gemeinhin nicht für werth erachtet und als letzter Abschnitt der Vorlesung über Civilprozeß, als welcher sie regelmäßig erscheint, geräth sie meist so nahe an das Semesterende, daß kaum für die Darlegung der obersten Grundsätze der Lehre die Zeit sich findet. Die Folge davon ist, daß der junge Jurist auf diesem wichtigen Gebiet völlig unvorbereitet in den Vorbereitungsdienst eintritt. Dankenswerth ist daher der wohlgelungene Versuch des Verfassers, eine systematische Darstellung des Vollstreckungsverfahrens zu liefern, welche unter scharfer Herausarbeitung der leitenden Grundsätze das für die praktische Anwendung so wichtige Detail in durchsichtiger Form bietet. Die geschickt gewählten Beispiele vermitteln eine Klarheit der Anschauung, wie sie eine rein theoretische Darstellung dem jungen Praktiker schwerlich zu geben vermöchte. Für die Praxis im Allgemeinen aber hat das Werk dadurch seinen Werth, daß es die Geschäftsanweisungen für die Gerichtsvollzieher und die Gerichtsvollzieherordnungen der meisten deutschen Staaten in bisher kaum erreichter Reichhaltigkeit berücksichtigt. Es sind benutzt die betreffenden Normen von Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Baden, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Sachsen-Weimar, Oldenburg mit Birkenfeld, Sachsen-Meiningen, Hamburg; die bezüglichen Mittheilungen verdankt der Verfasser den Ministerien und Justizdepartements der genannten Bundesstaaten.

B. Noest, Die Prozeßkosten. 1890. Breslau, Schlesische Buchdruckerei, Kunst- und Verlagsanstalt vormals S. Schottländer, 63 Seiten.

Im Juliheft des vorigen Jahrganges der Zeitschrift „Nord und Süd" erschien ein in den betheiligten Kreisen viel beachteter Aufsatz, dessen Gedankengang im Wesentlichen die vorliegende Schrift wiedergiebt. Unter Vorführung reichen Materials und in sehr anregender Ausführung plädirt der Verfasser für eine Reform der Gerichts- und Anwaltsgebührenordnung. Die Gerichtsgebühren sollen nach der Höhe des Streitgegenstandes, die Anwaltskosten nach der Thätigkeit des Anwalts bemessen werden; letzteres soll in der Weise geschehen, daß unter Fortfall jeglicher gesetzlicher Taxe freie Vereinbarung des Anwalts mit seinem Klienten die Gebühr bestimmt, eventuell unter Statuirung des Rechtes des Vorstandes der Anwaltskammer im Fall offenbarer Ueberforderung die vereinbarte Gebühr zu ermäßigen oder unter Statuirung der Pflicht für den Anwalt, im Fall der Einklagung seines Honorars eine gutachtliche Aeußerung des Vorstandes beizubringen. Diese freie Gebührenordnung erachtet Verfasser für das nothwendige Korrelat der freien

Digitized by Google

Advokatur. In Ermangelung einer Verständigung zwischen Anwalt und Partei sollen die Gebühren so bemessen werden, daß unter Abstufung der Sachen großen, mittleren und geringen Streitwerthes nach den drei Kategorien verschieden bemessene Gebührensätze für jede Besprechung, jeden Schriftsatz, jede Verhandlung und jede Beweisaufnahme vorgesehen seien. Jeder dieser Gebührensätze sei mit einem Höchst- und Mindestbetrage ausgeworfen, zwischen denen, nach Maßgabe der jeweiligen Mühewaltung, der Anwalt die Gebühr im Einzelfalle zu bestimmen hat. Neben diesen Gebühren soll eine besondere Berechnung der Auslagen nicht stattfinden. Was die Höhe dieser Gebührensätze betrifft, so fordert Verfasser deren Bemessung in der Weise, daß der Gesammtgebührenertrag den Anwälten ein standesgemäßes Auskommen, aber auch nicht mehr, zu gewähren vermag. Schließlich macht Verfasser noch einen Vorschlag über die Vertheilung der Kosten auf die Parteien. Danach soll der Unterliegende regelmäßig einen Theil der Kosten als poena succumbendi tragen, und zwar einen größeren oder geringeren, je nachdem er mehr oder minder sich bewußt war oder bewußt sein mußte, im Unrecht zu stehen, sämmtliche Kosten aber nur dann, wenn sich der Unterliegende seines Unrechts völlig bewußt war oder bei einiger Aufmerksamkeit desselben hätte bewußt sein müssen.

Digitized by Google

II.

Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 und dessen Literatur.

Von **V. Ring.**

Die Absicht selbständiger Untersuchung über das Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 liegt außerhalb des Rahmens dieser Anzeige. Dieselbe will nur über das gegenwärtige Recht unter Hervorhebung der Neuerungen und Betrachtung der einschlägigen Literatur kurz berichten.

Das ältere preußisch-deutsche Genossenschaftsrecht beruht bekanntlich auf dem Prinzip unbeschränkter Haftpflicht der Genossen. Unter dem Einflusse Schulze-Delitzsch's, welcher lange Zeit unerschütterlich an dem Dogma festhielt, die natürliche Grundlage jeder privatrechtlichen Haftung, die Verantwortlichkeit des Menschen für die in freier Selbstbestimmung vorgenommenen Handlungen verlange das Eintreten der gesammten wirthschaftlichen Persönlichkeit für die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten, wurde die in Sachsen und Bayern 1868—1869 freigegebene Beschränkung der Haftpflicht wieder beseitigt. Die außerdeutschen Staaten: England, Frankreich, Italien, Belgien, Portugal, die Niederlande, die Schweiz und Oesterreich verliehen dagegen der beschränkten Haftung gesetzliche, England sogar ausschließliche Sanktion. Der wissenschaftliche Widerstand gegen das deutsche Prinzip wurde namentlich von Goldschmidt (seit 1869) inaugurirt, welcher sehr zutreffend betonte, daß die unbeschränkte Verantwortlichkeit auch die Möglichkeit eigenen Handelns oder doch eigener ausreichender Aufsicht involvire, daß aber bei größeren Genossenschaften solche Möglichkeit nicht gegeben sei. Die Thatsache des Zusammenbruchs großer Kreditgenossenschaften, deren Mitglieder durch die unbeschränkte Haftpflicht mit dem Ruine bedroht wurden, die rechtlichen Ausführungen namentlich Goldschmidt's in dessen Zeitschrift Bd. 27 S. 1 ffg., eine weitgreifende parlamentarische Strömung (Antrag v. Mirbach und Genossen vom 29. April 1881) bekehrten auch Schulze, welcher schließlich den Goldschmidt'schen Formulirungen beitrat.

Daneben legten Schulze wie Goldschmidt entscheidenden Werth darauf, das bestehende Recht zwar im Sinne der Verschärfung der Haftung auszugestalten,

Digitized by Google

aber den Einzelangriff gegen die Genossen durch ein verbessertes Umlageverfahren zu ersetzen.

Das Reichsjustizamt erachtete die Verwirklichung der angestrebten Reformen durch eine Novelle nicht für angezeigt. Es veranlaßte eine erschöpfende Neubearbeitung des Genossenschaftsrechts, hierzu durch die Umgestaltung des Aktienrechts (1884) mit bestimmt. Der Entwurf wurde 1887 einer Sachverständigenkonferenz unterbreitet, demnächst weiter ausgeformt und 1888 einer Reichstagskommission von 28 Mitgliedern überwiesen. Das neue Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften datirt vom 1. Mai 1889 (R.-G.-Bl. S. 55 ffg.) mit Gesetzeskraft vom 1. Oktober 1889.

Die in dem Entwurf und dem Gesetz erfolgte Aufnahme der Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht begegnete allseitiger Zustimmung. Aeußere Unterscheidbarkeit, Publizität der Haftsumme, Haftung jedes Genossen mit einer dem Geschäftsantheile mindestens gleichkommenden Haftsumme nach Maßgabe des Statuts sind die Hauptmerkmale der neuen Genossenschaftsform, welche im Uebrigen wesentlich den Regeln über die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht untersteht. Erhebliche Besonderheiten sind, daß das Statut den Erwerb mehrerer Geschäftsantheile mit entsprechender Mehrung der Haftung, aber nur nach Erreichung des ersten ꝛc. Geschäftsantheils zulassen darf; weiter, daß die Erhöhung und Herabsetzung der Haftsumme gesetzlichen Einschränkungen untersteht; endlich, daß bei bestehender Genossenschaft Konkurs auch im Falle der Ueberschuldung von mehr als einem Viertheile des Betrages der Haftsummen aller Genossen stattfindet und für die Genossenschaftsorgane den Gläubigern gegenüber verschärfte Verantwortung besteht (§§. 2, 7[1], 125—131, 134 bis 136). Inwieweit die Genossenschaften von der ihnen gewährten Freiheit Gebrauch machen werden, steht noch dahin. Die von Parisius-Crüger (Gesetz S. XLVIII fg.) wiedergegebenen Aeußerungen der Vereinstage sind insbesondere für Kreditvereine der neuen Form abgeneigt; die Referenten empfehlen dieselbe lediglich da, wo Kredit nur in sehr geringem Maße beansprucht wird. Bei dieser Einschränkung der Anwendung wäre wohl der Hauptzweck der Bestimmung, weite Kreise gegen den Ruin durch übermäßige Schulden zu schützen, verfehlt. Das Aufwachsen der Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht in Oesterreich läßt einer besseren Voraussicht Raum.

Leidenschaftliche Kämpfe rief der vom Entwurfe beibehaltene Einzelangriff der Genossen durch die Gläubiger hervor. Für denselben traten der zeitige Genossenschaftsanwalt Schenck, mit ihm dessen „Blätter für Genossenschaftswesen" und Parisius ein. Goldschmidt widersprach der betonten juristischen Nothwendigkeit solchen Angriffs auf das Schärfste; namentlich das Hertz'sche Wochenblatt „Die deutsche Genossenschaft" war in seinem Gefolge. Das durch einen Kompromiß der Deutschkonservativen, deutschen Reichspartei, des Centrums und der Nationalliberalen erreichte Ergebniß der Kämpfe ist, daß das Gesetz allen Forderungen gerecht zu werden sucht und neben der Genossenschaft mit „unbeschränkter" (§§. 112 ffg.) und „beschränkter Haftpflicht" (§§. 125 ffg.), welche den Einzelangriff beibehalten, das eigenthümliche Institut der Genossenschaft mit

Digitized by Google

„unbeschränkter Nachschußpflicht“ (§§. 120 ffg.) zur statutarischen Wahl der Genossenschaft freistellt (§. 2 des Gesetzes).

Gemeinsam ist den drei Gattungen die solidarische Haftpflicht der Genossen, gemeinsam auch die Subsidiarität der Haftung, dergestalt daß diese sich erst nach Aufzehrung des eigenen Vermögens der Genossenschaft im Konkursfall offenbart. Die Verschiedenheit tritt in dem Umfange der Haftpflicht und der Art ihrer Geltendmachung in die Erscheinung. Nach Eröffnung des Konkurses findet die Inanspruchnahme der Genossen im Umlageverfahren statt (§. 98). Dasselbe ist als Vorschuß- und Nachschußverfahren (Berechnung und Einziehung der voraussichtlichen Fehlbeträge mit Zusatzberechnung bezw. der endgültig erforderlichen Nachschüsse durch den Konkursverwalter) mit Verpflichtung der Genossen nur gegen die Genossenschaft geregelt (§§. 99—106 bezw. 107—108). Drei Monate, nachdem die Nachschußberechnung für vollstreckbar erklärt ist, tritt alsdann bei der Genossenschaft mit unbeschränkter und beschränkter Haftpflicht der Angriff gegen den einzelnen Genossen durch die Gläubiger für den erlittenen Ausfall in Kraft, bei der ersteren bis zur Erschöpfung des Vermögens des Genossen, bei der letzteren bis zur Höhe der Haftsumme (§§. 116, 135). Mit Ablauf dieser Dreimonatsfrist beginnt die regelmäßige zweijährige Verjährung (§§. 117, 135). Wird die Genossenschaft binnen 6 Monaten seit dem Ausscheiden eines Genossen aufgelöst, so gilt dies nicht als erfolgt (§§. 73, 119). Im Uebrigen sind auch die in den letzten 2 Jahren vor Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen Genossen wegen der bis zu ihrem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten dem Einzelangriff ausgesetzt; jedoch kann ein solcher nur nach Ablauf von 6 Monaten seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschußberechnung und von da 2 Jahre lang geltend gemacht werden (§§. 119, 135). Wegen der an Gläubiger gezahlten Beträge treten die Genossen in die betreffenden Rechte gegen die Genossenschaft ein (§§. 118, 135).

Bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht fällt der Einzelangriff fort. Das Nachschußverfahren hat gegen die verbliebenen Genossen bis zur Erschöpfung ihres Vermögens statt (§. 121). Hinsichtlich der Ausgeschiedenen gilt wiederum der in den letzten 6 Monaten vor der Konkurseröffnung erfolgte Austritt als nicht geschehen (§§. 73, 122, cfr. 74 Abs. 4). Im Uebrigen sind nach 3 Monaten seit der Vollstreckbarkeitserklärung der Nachschußberechnung die für die Konkursgläubiger nöthigen Beträge von den innerhalb der letzten 18 Monate vor der Konkurseröffnung ausgeschiedenen Genossen zu leisten. Daneben geht das Nachschußverfahren gegen die verbliebenen Genossen weiter. Aus den Nachschüssen derselben sind nach Befriedigung oder Sicherung der Konkursgläubiger die Beiträge der Ausgeschiedenen zu ersetzen (§§. 122—124).

Die Differenzirung ist klar: Bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht — Umlageverfahren und Einzelangriff auf das ganze Vermögen, letzterer mit zeitlicher Beschränkung auch gegen Ausgeschiedene. Bei derjenigen mit beschränkter Haftpflicht — gleicher Anspruch, jedoch nur in Höhe der Haftsumme. Bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht — nur Umlageverfahren auf das ganze Vermögen, mit zeitlicher Beschränkung auch

Digitized by Google

gegen Ausgeschiedene, aber gegen sie für alle Konkursschulden, nicht nur die bis zu ihrem Ausscheiden eingegangenen Verbindlichkeiten.

Auch die Zukunft dieser letzteren Genossenschaftsform steht dahin. Mit einem gewissen Behagen berichten Parisius-Crüger (Gesetz S. LV), daß ihr auf verschiedenen Vereinstagen von den Genossenschaftspraktikern, auch denen, welche dem Einzelangriffe feindlich gegenübergestanden, die Lebensfähigkeit entschieden abgesprochen worden sei. Bedauerlicher Weise wird dieser Abneigung einflußreichster Kreise dadurch Vorschub geleistet, daß die Umwandelung der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht in eine solche mit unbeschränkter Nachschußpflicht an die Erfüllung der Bedingungen geknüpft ist, welche die Vertheilung des Vermögens im Falle der Auflösung beherrschen (§§. 137, 139; vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 37 S. 30 f.).

Viel umstritten wurde der durchaus neue Abschnitt 4 des Gesetzes „Revision" (§§. 51—62). Die Genossenschaften haben die Revision, wenn auch zögernd, aus sich heraus gebildet. Die Bestimmungen der englischen Industrial and Provident Societies Act von 1876 namentlich veranlaßten auch Schulze-Delitzsch, auf die Bestellung von Sachverständigen für Geschäftsrevisionen hinzuwirken. Der bei dem Reichstage 1881 eingebrachte Antrag Ackermann, welcher Bestellung von Revisoren durch die Kommunalaufsichtsbehörde anregte, wies die Genossenschaften darauf hin, der Bevormundung durch Selbstaufsicht vorzubeugen. Der Entwurf ging dahin aus, den Genossenschaften die Vortheile der Revision aufzuzwingen. Er lehnte sich an die bestehenden Verbände der Genossenschaften an, forderte aber für sie gewisse Garantien. In der Kommission und dem Reichstage suchten namentlich Schenck und Baumbach die Revisionspflicht zu statuiren, die Revisionsart aber den Genossenschaften anheim zu geben. Das Gesetz folgt der strengeren Auffassung: Die mindestens zweijährige Revision durch einen außerhalb der Genossenschaft stehenden Revisor ist obligatorisch. Das Recht zur Revisorenbestellung haben Verbände, wenn sie bestimmte Anforderungen erfüllen, namentlich ausweislich des Statuts der Revisionspflicht genügen können, für die Verbandsgenossenschaften. Die Befugniß verleiht und entzieht, unter gesetzlichen Voraussetzungen, die Centralbehörde des Staates, bei Erstreckung des Verbands durch mehrere Staaten der Bundesrath. Für Genossenschaften außerhalb der Verbände bestellt das Gericht nach Anhörung der höheren Verwaltungsbehörde den Revisor. Der Revisionsbericht untersteht der Beschlußfassung der nächsten Generalversammlung. Parisius-Crüger, welche wohl die herrschende Auffassung der Genossenschaftspraktiker repräsentiren, stehen der Neuerung sehr skeptisch gegenüber (Gesetz S. LXI). Daneben ist, einem von Schulze seit 1881 gestellten Begehren entsprechend, der Aufsichtsrath für ein obligatorisches Genossenschaftsorgan erklärt (§. 9) und dessen Rechtsstellung wesentlich mit derjenigen des Aufsichtsraths der Aktienvereine in Einklang gebracht (§§. 34—39).

Auch hinsichtlich des Geschäftsbetriebs der Genossenschaften hat eine lebhaft geführte Erörterung zu neuer gesetzlicher Regelung geleitet. Während die Einen der Genossenschaft jedes kaufmännische Geschäft vindicirten, wollten die Anderen mindestens bei einzelnen Genossenschaften den Betrieb auf den Mitgliederkreis

Digitized by Google

eingeschränkt wissen. Thatsächlich hatten die Genossenschaften unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes (Deklaration vom 19. Mai 1871) den Betrieb vielfach auf Nichtmitglieder ausgedehnt, durch gewagtere Geschäfte die Genossen wenigstens bedroht, den Kleinhandel mit empfindlicher Konkurrenz bezogen. Es kam die Ueberzeugung zum gesetzlichen Durchbruche, daß die Genossenschaften nur den Zweck hätten, ihre Mitglieder gegen kapitalistische Ausbeutung zu schützen, nicht aber selbst kapitalbildende Kräfte zu entfalten. Das Gesetz hat in §. 8 deshalb mehrfache Einschränkungen verordnet. In wenig korrekter Weise ist zwar zunächst in §. 1 der Geschäftsverkehr völlig freigegeben, darauf aber in §. 8 Ziffer 5 eine Bestimmung als der Aufnahme in das Statut bedürftig erklärt, nach welcher: „die Ausdehnung des Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht Mitglieder der Genossenschaft sind, zugelassen wird." Den Kredit- und den Konsumvereinen sind dann in §. 8 Absatz 2—4 weitergehende Schranken dahin gezogen:

Absatz 2. „Genossenschaften, bei welchen die Gewährung von Darlehen Zweck des Unternehmens ist, dürfen ihren Geschäftsbetrieb, soweit er in einer diesen Zweck verfolgenden Darlehnsgewährung besteht, nicht auf andere Personen außer den Mitgliedern ausdehnen. Darlehnsgewährungen, welche nur die Anlegung von Geldbeständen bezwecken, fallen nicht unter dieses Verbot" (Strafsanktion: Geldstrafe von 20—600 Mark gegen die Vorstandsmitglieder. § 152.).

Absatz 3. „Als Ausdehnung des Geschäftsbetriebes gilt nicht der Abschluß von Geschäften mit Personen, welche bereits die Erklärung des Beitritts zur Genossenschaft unterzeichnet haben und von derselben zugelassen sind."

Absatz 4. „Konsumvereine (§. 1 Ziffer 5) dürfen im regelmäßigen Geschäftsverkehr Waaren nur an Personen verkaufen, welche als Mitglieder oder deren Vertreter bekannt sind oder sich als solche in der durch das Statut vorgeschriebenen Weise legitimiren." (Lex — imperfecta — Kulemann.)

Der Absatz 2 Schlußsatz muthet dem Richter, zumal nach den dunklen Auslassungen des Kommissionsberichts, eine schwierige Prüfung zu. Der Absatz 4, durch keinerlei Sanktion für den Zuwiderhandlungsfall geschützt, ist eines der zum Glück nicht häufigen Beispiele, in welchen der Gesetzgeber einer theoretischen Ueberzeugung — hier derjenigen, daß der Geschäftsverkehr der Konsumvereine mit Nichtmitgliedern dem Wesen dieser Genossenschaften nicht entspreche — Ausdruck giebt. Der sehr lebhafte Hinweis von Genossenschaftspraktikern auf den Mangel der Strafsanktion sieht einer verschämten Aufforderung zur Ignorirung des Gesetzes nicht unähnlich.

Im Zusammenhange mit der durch diese Bestimmungen, wenn auch hinsichtlich der Konsumvereine theoretisch etwas gewaltsam, erfolgten Wiederfestigung des die Personen der Genossenschafter umschlingenden Bandes stehen zwei anderweite Bestimmungen des neuen Rechtes: einmal der dem Prinzipe der Raiffeisen'schen Genossenschaften entsprechende gesetzliche Hinweis auf engeren Zusammenschluß, derart, daß es der Festsetzung im Statute bedarf, falls „Erwerb und Fortdauer der Mitgliedschaft an den Wohnsitz innerhalb eines bestimmten Bezirks geknüpft wird" (§. 8 Ziff. 2, §. 65). Weiter diejenige, nach welcher in der Generalver-

Digitized by Google

sammlung jeder Genosse eine Stimme hat (§. 41 Abs. 2). Insbesondere Molkereigenossenschaften, bei welchen vordem der Milchbetrag jeder Kuh dem Mitgliede je eine Stimme gab, haben bereits dieser Norm durch eine Hinterpforte zu entschlüpfen gesucht, indem sie wichtige Beschlüsse an die Zustimmung der Dreiviertelmehrheit der anwesenden Genossen knüpften und vorschreiben wollten, daß diese Mehrheit die Mehrheit der Menge der von den Genossen gezeichneten Milchlieferung in sich vereinen müsse. Mit Recht hat das Kammergericht in einer noch ungedruckten Entscheidung, unbeirrt von der Voraussage, sein Spruch sei für das Leben der Genossenschaften entscheidend, da sich die Großtheilhaber nicht durch die kleinen Genossen majorisiren lassen würden, die Unzulässigkeit der Statutenbestimmung ausgesprochen, welche die Abstimmung thatsächlich nicht nach Köpfen, sondern nach dem Besitz an Kühen normirt. Der höchste Gerichtshof ist damit dem Prinzipe des Genossenschaftswesens, welches die Existenz des reicheren Genossen nicht höher als die des ärmeren schätzen darf, mehr gerecht geworden, als die Genossenschaft selbst.

An sonstigen wichtigen Neuerungen seien hervorgehoben: Die Zahl der Genossen muß mindestens sieben betragen (§. 4). Sinkt sie tiefer, so findet Auflösung durch Gerichtsbeschluß statt (§. 78). Zum Erwerbe der Mitgliedschaft bedarf es schriftlicher und unbedingter Beitrittserklärung (§. 15[1]). Erwerb und nicht durch Tod herbeigeführter Verlust der Mitgliedschaft ist an die Eintragung in die Gerichtsliste der Genossen gebunden (§. 15[2—4], §§. 67 ffg.) und dadurch gegenüber dem bisherigen Rechte sicher gekennzeichnet. Der Vorstand besteht aus mindestens zwei Mitgliedern und ist nur durch mindestens zwei solche aktionsfähig (§§. 24, 25). Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte zum gesammten Geschäftsbetriebe sind ausgeschlossen (§. 40[2]). Ueber den (obligatorischen) Aufsichtsrath s. oben. Die Bildung und Erhaltung eines Genossenschaftsvermögens ist durch das Festhalten am Geschäftsantheile — dem „Betrag, bis zu welchem sich die einzelnen Genossen mit Einlagen betheiligen können" — (§. 7 Ziff. 2), den obligatorischen Reservefonds (§. 7 Ziff. 4, §. 20), die Vorschriften über Gewinnvertheilung (§. 19) und Herabsetzung des Geschäftsantheils ꝛc. (§. 22) in gewissem Umfange gesichert. Das Ausscheiden findet nur zum Geschäftsjahresschlusse statt (§§. 68. 75). Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt 3 Monate, kann aber statutarisch auf 2 Jahre erstreckt werden (§. 63). Unter bestimmten Voraussetzungen darf auch der Gläubiger des Genossen kündigen (§. 64). Die Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen erfolgt auf Grund der Bilanz, wobei das Guthaben nach 6 Monaten zahlbar ist (§. 71). Die Uebertragung des Geschäftsguthabens ohne Auseinandersetzung ist statthaft, verpflichtet aber bei Genossenschaftskonkurs binnen 6 Monaten seit Ausscheiden bei Unvermögen des Erwerbers zu Nachschüssen (§. 74).

Es erübrigt noch, mit einigen Worten auf die Literatur des neuen Genossenschaftsgesetzes einzugehen. Von den Abhandlungen zum Entwurf ist die eine Anlage zu der Petition Morgenstern und Genossen (von etwa 1200 Genossenschaften) bildende Schrift von Goldschmidt „Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren", welche für Beseitigung des Einzelangriffs und Heranziehung der Ausgeschiedenen zum Umlageverfahren eintritt, als einzige von bleibendem Werthe hervor-

Digitized by Google

zuheben. Dieselbe führt den Nachweis der Zweckmäßigkeit und der juristischen Korrektheit des vertretenen Standpunkts und legt dar, „daß die Befriedigung der Gläubiger im ausschließlichen Wege des Umlageverfahrens nichts anderes, als eine Anwendung des dem wirthschaftlichen und juristischen Wesen der Genossenschaften allein entsprechenden, die Härten der Solidarhaft mildernden beneficium divisionis ist, daß endlich auf diese „Rechtswohlthat“ auch die bereits ausgeschiedenen, aber noch haftbaren Genossen Anspruch haben“ (Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 37 S. 28 fg.). Sie wird, wenngleich das Gesetz für die Genossenschaft mit unbeschränkter und beschränkter Haftpflicht den Einzelangriff beibehalten hat, ihren Einfluß auf eine künftige Gestaltung des Genossenschaftsrechts nicht verfehlen. Zutreffend bemerkt Maurer (Gesetz S. 19): „Als Endziel bleibt die Beseitigung des Einzelangriffs, die Verwirklichung der nur einheitlichen Solidarbürgschaft auf dem prozessualen Wege des durch den Konkursverwalter zu betreibenden Umlageverfahrens zu erstreben. Die Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschußpflicht sind eine Etappe auf diesem Wege, die Zurückdrängung des Einzelangriffs bei den Genossenschaften mit unbeschränkter und mit beschränkter Haftpflicht zeitlich auf drei Monate, nachdem der Nachschußvertheilungsplan für vollstreckbar erklärt ist, und inhaltlich auf den Betrag der Gläubigerforderungen, der dann noch ungedeckt sein wird, die zweite.“ Goldschmidt's überzeugende Beweisführung wird in Zeiten ruhigerer Erwägung sicherlich zu diesem Ziele führen. Sein Ausspruch: „Alles Recht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern um vernünftigen socialen Zwecken zu dienen, es soll die vernünftige, d. h. dem Wesen, der Natur dieser socialen Lebensverhältnisse entsprechende Ordnung sein. Es ist um so vollkommener, je mehr sein Inhalt dieser obersten Aufgabe entspricht, mag dabei auch die abstrakte Logik nicht in allen Punkten durchgeführt werden oder mag die Theorie Mühe haben, die Bestimmungen des Gesetzes in ihre Kategorieen einzuschachteln“ (S. 4) gilt nicht nur für diese Rechtsmaterie, sondern für jedes Gesetzgebungswerk, zumal ein so wichtiges, wie das neue bürgerliche Gesetzbuch. Der gegen die angezeigte Schrift gerichtete Angriff von Ludolf Parisius, „Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren“, welcher gegen den angeblichen Theoretiker die Praxis des Genossenschaftswesens ausspielt, hat mit seinem leichten Fortgehen über das „bischen Einzelangriff“ wenigstens mich nicht überzeugt. Von weiteren Streitschriften ist die für den Einzelangriff und gegen die Ausdehnung des Umlageverfahrens auf ausgeschiedene Genossen eintretende Auseinandersetzung „Umlageverfahren und Einzelangriff von Dr. Richard Schultze, Stadtsyndikus und Vorsitzender des Aufsichtsraths des Vorschußvereins E. G. zu Greifswald hervorzuheben.

Von Kommentaren zu dem neuen Gesetze liegen diejenigen von Parisius-Crüger,[1]) Proebst,[2]) und Maurer[3]) vor. Die Erläuterung eines Genossen-

[1]) Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. Kommentar zum praktischen Gebrauch für Juristen und Genossenschaften herausgegeben von Ludolf Parisius und Dr. jur. Hans

Digitized by Google

schaftsgesetzes wird stets besonderen Schwierigkeiten begegnen. Nicht sowohl sind Hemmnisse die rechtlichen Konstruktionen, welche einen hervorragenden Aufwand von Kenntniß und Scharfsinn beanspruchen, als vielmehr der Umstand, daß die komplizirte Rechtsgestalt einem Laienkreise klargelegt werden soll. Von den Genossenschaftspraktikern Parisius-Crüger und Proebst ist billig zu unterstellen, daß sie ihr Publikum kennen. Dennoch giebt insbesondere der Kommentar des Letzteren zu schweren Bedenken Anlaß. In der Wiedergabe der Materialien des Gesetzes ist freilich das Mögliche gethan. Einen Beleg mögen die Seiten 21—25, 37—41, 52—64 (!), 83—88, 183—186, 280—283 geben. Selbstverständlich muß der Kommentar zu einem neuen Gesetz auf die Vorarbeiten zu demselben zurückgreifen. Aber die Häufung nicht gedanklich verarbeiteten Rohstoffes kann schwerlich genügen. Das Material, zum großen Theile de lege lata werthlos, muß die Genossen, welche nicht Raisonnements über das mögliche, sondern Erläuterung über das wirkliche Recht suchen, völlig erdrücken. Auch anderweit ist befremdende Breite beliebt: Das Urtheil des Reichsgerichts, welches die Verantwortung für die Buchführung allen Vorstandsmitgliedern auferlegt, wäre auf zwei Zeilen, statt auf ebensoviel Seiten, zur Genüge abgehandelt (S. 136 fg.). Wo die Materialien im Stiche lassen, ist äußerste Zurückhaltung in der Erklärung bewahrt, so bei dem wichtigen §. 49, welcher die Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse regelt. Im Zusammenhange hiermit steht, daß die nicht spezifisch genossenschaftsrechtliche Literatur so gut wie ungenutzt geblieben ist. Die gegen die sonstige Ausführlichkeit abstechende Kürze in der Erläuterung einzelner Abschnitte, so derjenigen, welcher die vielfach unliebsame Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht im Einzelnen behandelt, mag Methode haben.

Theilweise ähnliche, allerdings nicht gleich nachdrückliche Ausstellungen sind gegen den Kommentar von Parisius-Crüger zu erheben, wennschon dieser ungleich Werthvolleres bietet. Zu Letzterem wird insbesondere vom wissenschaftlichen Standpunkt aus die Einleitung zu zählen sein, welche ein scharf umrissenes Bild der großartigen Entwickelung der Genossenschaften giebt und die wesentlichsten Neuerungen des Gesetzes (Haftpflicht, Haftvollzug, Revision) in passender Weise der eigentlichen Erläuterung desselben vorausschickt. Dagegen ist in dem Kommentare selbst der Entstehungsgeschichte der Einzelbestimmung zu weiter Raum gegeben, wie beispielsweise sogar die Vorgänge in der Abendsitzung des Reichstags, welche die Beschränkung des Geschäftsverkehrs der Konsumvereine beschloß, in nahezu drama-

---

Crüger. Erste und zweite Ausgabe. Berlin 1890. J. Guttentag (D. Collin). LXII und 461 Seiten.

[2]) Das Reichsgesetz vom 1. Mai 1889 über die ꝛc. für den praktischen Vollzug erläutert von Franz Xaver Proebst, Direktor des bayerischen Genossenschaftsverbandes, Mitglied des engeren Ausschusses des allgemeinen deutschen Genossenschaftsverbandes. Nördlingen 1889. C. H. Beck'sche Buchhandlung. 436 Seiten.

[3]) Das Reichsgesetz, betreffend ꝛc. vom 1. Mai 1889 erläutert von Dr. Maurer, Landrichter in Stolp i. P. Berlin 1890. Franz Vahlen. VIII und 434 Seiten.

Digitized by Google

tischer Weise auf mehr als einer Seite dargestellt sind (S. 58 fg.). Die einführenden Bemerkungen über den jetzt obligatorischen Aufsichtsrath (S. 155 fg.) mögen den überall berechtigten Wunsch nach weniger Erzählung und mehr Erläuterung besonders motiviren. War es in der That erforderlich, die drei Fälle, in welchen Genossenschaften mit dem Auflösungsantrage verfolgt worden sind (§. 35 des Gesetzes von 1868), in dieser Ausführlichkeit wiederzugeben (S. 268 fg.)? Dabei ist mir z. B. der breit, mit thatsächlichen Anführungen behandelte Unterschied zwischen Zweck des Vereins und Gegenstand des Unternehmens (S. 25 fg., 439), welche ich stets für gleichbedeutend gehalten habe, trotz aller Bemühung nicht klar geworden. Eine gewisse morose Betrachtungsweise hinsichtlich nicht weniger Neuerungen ist bereits angedeutet worden. Der unbegreifliche Irrthum S. 159 ist in dem Anhang zur zweiten Ausgabe berichtigt (S. 441). Im Uebrigen zeichnet sich der Kommentar durch eine Fülle von Material und Benutzung der wesentlichen Ergebnisse der Literatur und Rechtsprechung aus, wie dies bei einem so gründlichen Kenner der Entwickelung und des Rechtes der Genossenschaft wie Parisius selbstverständlich ist. Aber hinsichtlich der Erfahrungen der Genossenschaftspraxis hätte auch hier die Beschränkung den besseren Meister gezeigt.

Der Kommentar des Genossenschaftstheoretikers Maurer, welcher allerdings nach seiner Mittheilung amtliche Veranlassung zum Studium des Genossenschaftswesens hatte, entspricht nach diesseitiger Meinung allen Anforderungen, welche irgend an solches Werk zu stellen sind. Der Verfasser nimmt auch insofern einen isolirten Standpunkt ein, als er offener Gegner des Einzelangriffs und folgeweise Freund der Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht ist (S. 48, 50). Auch Maurer bringt Historie, theilweise sogar recht ausführlich, aber nur dort, wo sie hingehört (S. 40 fg., 214 fg.). Sein Buch steht überall auf der Höhe der Wissenschaft, nicht etwa nur der genossenschaftlichen, sondern der allgemeinen, juristischen sowohl wie ökonomischen, welche jene umfaßt. Jede Meinung ist wohl durchdacht, scharf und klar begründet. Der Einzelpunkte, in welchen ehedem von mir geäußerte Auffassungen denjenigen des Verfassers widersprechen, sind nicht wenige, wie das Buch erweist (S. 94, 144, 154, 177, 182, 207, 210 fg., 213 ꝛc.). Aber stets regt die Beweisführung zu erneuter Nachprüfung an. Maurer's Arbeit zeigt wiederum, daß ein Kommentar nicht die Ablagerungsstätte für unverarbeitetes Material zu sein braucht, daß er auf wissenschaftlichen Werth, trotz jedem Lehrbuch Anspruch zu machen hat. Aber es muß die Aufgabe eben in jenem guten Sinne gefaßt werden, wie es Seuffert und Gaupp für die C.-P.-O., Olshausen für das St.-G.-B., wie es seiner Zeit Hahn und nur dieser für das H.-G.-B. gethan. Wer von den mit dem Genossenschaftswesen befaßten Personen der Einsicht in dessen Recht und nicht patriarchalischer Rathschläge bedarf, wird Maurer's Werk als das Einzige zu Hülfe nehmen, welches ihm hier Aufschluß giebt.

Die kurze Bearbeitung von St. Hoffmann[4]) giebt sich nicht für mehr, als

[4]) a) Gesetz, betreffend die ꝛc. vom 1. Mai 1889 mit Erläuterungen aus den amtlichen Materialien des Gesetzes, sowie einer Einleitung. VI und 210 Seiten.

Digitized by Google

sie ist: eine Textausgabe mit Anmerkungen, welche den wesentlichsten Inhalt der dem Gesetzentwurfe beigefügt gewesenen Motive, des Berichts der Reichstagskommission und der Reichstagsverhandlungen resümiren. Die wesentlichsten Aenderungen, welche das bisherige Recht durch das neue erfahren hat, sind in einer geschickt redigirten Einleitung zusammengefaßt. Die Herstellung solcher Ausgaben, welche das kritiklose Hineininterpretiren der Motive in das Gesetz fördern, ist oft genug beklagt worden. Es verlohnt sich nicht, hierauf abermals zurückzukommen. Daß, wenn einmal der Standpunkt des Verfassers acceptirt wird, die Auszüge sorgsam und mit Verständniß gefaßt sind, muß anerkannt werden.

Eine treffliche Einführung für denjenigen, welcher sich summarisch über den Inhalt des neuen Gesetzes vernehmen will, bildet Goldschmidt's Abhandlung „Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetz vom 1. Mai 1889" in dessen Zeitschrift Bd. 37 S. 23 fg., welche Schrift auch den hier gebotenen Aufsatz wesentlich beeinflußt hat.

Wie Maurer, geben Parisius-Crüger und Proebst der Hoffnung Ausdruck, daß das neue Gesetz auch einen neuen Aufschwung des Genossenschaftswesens nach sich ziehe, daß es den deutschen Genossenschaften, dem deutschen Volke zum Heil gereiche. Es wird nicht in letzter Stelle von ihnen abhängen, zur Verwirklichung dieses Zieles beizutragen und durch einsichtige Ausnutzung der durch das neue Recht gewährten Bewegungsfreiheit zu verhüten, daß nicht anderweite Assoziationen diese segensreiche ersticken.

---

b) Die zum Gesetz 2c. erlassene Bekanntmachung des Reichskanzlers nebst den Ausführungs-Verordnungen der Einzelstaaten. IV und 72 Seiten. Herausgegeben von Stephan Hoffmann, Landgerichtsdirektor bezw. Oberlandesgerichtsrath in Dresden. Leipzig 1889, 1890. Roßberg'sche Buchhandlung.

Digitized by Google

III.

Neue handelsrechtliche Literatur. Nachtrag.

Von **V. Ring.**

Die in dem letzten Hefte (Bd. 4 S. 392) erfolgte Besprechung der neuen handelsrechtlichen Literatur, bei welcher einstweilen nur historische Forschungen Berücksichtigung gefunden haben, ist noch durch die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts einiger einschlägigen Werke zu vervollständigen, welche theils später erschienen, theils nachträglich eingegangen sind.

Die vielumstrittene Frage nach der Rechtsnatur der societates publicanorum wird von C. G. Dietrich[1]) erneuter Erörterung unterzogen. Als Ergebniß stellt sich — von den mehr philologischen Ausführungen abgesehen — dar: Die societates publicanorum sind nicht Aktiengesellschaften. Verbriefte Geldantheile an gemeinschaftlichen Unternehmungen, auf Namen oder Inhaber gestellt, sind dem Alterthum überhaupt fremd. Die betreffenden societates sind auch nicht juristische Personen. Wo denselben juristische Persönlichkeit zugesprochen ist, sind nicht die Erwerbsgesellschaften der Publikanen, sondern die neben ihnen bestehenden zünftigen Vereinigungen derselben, collegia publicanorum, gemeint. Damit entfällt auch die Annahme des Vorhandenseins einer societas publica neben der privata. Dennoch sind Unterschiede zwischen den Publikanen- und den gemeinen Sozietäten festzustellen. Aus praktischen Gründen ist laut regelmäßigen Vertragsinhalts das Ueberdauern der Sozietät trotz Todes eines Theilhabers festgesetzt. Die Publikanen können mit Einwilligung des Erben diesen in die Sozietät aufnehmen. In Ermangelung solcher Uebereinkunft verwalten die Publikanen den ererbten Antheil bis zum Ende der betreffenden Pachtzeit für Rechnung des Erben. Die Publikanen selbst zerfallen in socii und adfines. Hinsichtlich der Haftung der verschiedenen Gruppen ist festzustellen: Die eigentlichen socii haften dem Staate unbeschränkt und solidarisch, sonstigen Gläubigern ebenfalls mit ganzem Vermögen, aber nur nach Verhältniß ihrer Antheile am Betriebskapital. Die nicht zugelassenen Erben

[1]) Oberlehrer Dr. Dietrich, die rechtlichen Grundlagen der Genossenschaften der römischen Staatspächter I. Die rechtliche Natur der societas publicanorum, im Jahresbericht der Fürsten- und Landesschule St. Afra in Meißen, 1889 S. 1 ff.

Digitized by Google

haften im Verhältniß und bis zur Höhe ihrer Erbtheile für die Dauer der Pachtzeit in jeder Hinsicht. Die adfines oder participes sind mit einer Kapitaleinlage am Risiko der Gesellschaft für kürzere oder längere Zeit betheiligt. Es ergiebt sich also ein der Kommanditgesellschaft ähnliches Gebilde, dergestalt, daß die socii als Komplementäre, die adfines als Kommanditisten erscheinen. Nicht alle socii sind mit der Geschäftsführung befaßt. Oberster Rechnungsführer ist auf je ein Jahr der magister societatis. Affinen können sowohl durch Zulassung seitens der Gesellschaft, wie durch Betheiligung seitens einzelner Genossen entstehen. Im Verhältnisse zwischen Affinen und Sozien ist die actio emti venditi zuständig; die Sozien unterstehen dagegen dem Sozietätsrechte. Erscheinen auch manche Konjekturen des Verfassers, auf deren Zweifelhaftigkeit er übrigens selbst hinweist, etwas kühn, so ist doch die gesammte Arbeit ein lehrreicher und wichtiger Beitrag zum Handelsgesellschaftsrecht.

W. Heyd fährt fort, nach Abschluß seines großen Werkes über den Levantehandel, den kommerziellen Beziehungen zwischen Deutschland und der romanischen Völkerwelt nachzugehen. Er bietet gegenwärtig die Geschichte einer einzelnen Handelsgesellschaft, der in der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts wohl von der Familie Möttelin gegründeten, von der Familie Huntpiß weitergeführten und geleiteten „Großen Ravensburger Gesellschaft".[2]) Schauplatz der Hauptthätigkeit derselben ist Mailand, Genua, Rom und Siena, Spanien (Barcelona, Saragossa, Valencia), die Niederlande (Antwerpen), auch Deutschland und vielleicht das Königreich Neapel. Exportartikel sind wohl oberschwäbische Textilwaaren, weiter Zinn und Kupfer, Importen spanische Wolle, auch Korallen, Südfrüchte, Weine, Alaun. Die Gesellschaft betreibt auch Geldgeschäfte: So bedient sich ihrer die Stadt Bern, um Zahlungen in Nürnberg und Rom zu leisten. Die Organisation beruht darauf, daß sich an das die Oberleitung behauptende Patrizierhaus zahlreiche Mitglieder, sei es als aktive Genossen, sei es als stille Theilhaber mit Geldeinlagen anschließen, und zwar nicht nur Bürger von Ravensburg, sondern namentlich auch solche von Konstanz, Lindau, Luzern, Bern, Zürich ꝛc. Im Uebrigen ist die Ausbeute der Darstellung für den Juristen spärlich. Die nicht voll verbürgte Nachricht, die Gesellschaft habe sich alljährlich in Ravensburg versammelt, dabei sei 1431 ein Kapital von 300 000, ein Gewinn von 100 000 Gulden festgestellt worden, läßt nur dem erhöhten Bedauern Raum, daß von der inneren Einrichtung dieser „gemeinen Gesellschaft" so wenig konstirt. Auf dem Gebiet der Handelsgesellschaften jener und auch der späteren Zeit bleibt für die Rechtsgeschichte noch fast Alles zu thun. — Die Gesellschaft löst sich um 1530 auf. In einem Anhange sind der, wie bei dem Verfasser selbstverständlich, wohl begründeten Darlegung 21 Urkunden und ferner Regesten beigegeben.

---

[2]) Wilhelm Heyd, Beiträge zur Geschichte des deutschen Handels. Die Große Ravensburger Gesellschaft. Stuttgart 1890. J. G. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger. 86 Seiten.

Digitized by Google

„Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwickelung" wird von O. Francken[3]) behandelt. Den Ausgangspunkt bilden die gegenwärtig hervortretenden Theorien: diejenige des fingirten Fortbestands der Gesellschaft im Liquidationsstadium (Fiktionstheorie Renaud's und des R.-O.-H.-G.), die der Ersetzung der Handels- durch eine besondere Liquidationsgesellschaft auf Grund gesetzlichen Vertragszwanges (Behrend) und die Lehre von der Fortdauer der Gesellschaft während der Liquidation (Roeldecke's Kontinuitätstheorie). Dem römischen Recht ist das negative Ergebniß zu entnehmen, daß ihm eine gesetzliche und wohl auch vertragliche Liquidation fremd gewesen. Das italienische Handelsrecht ist es, welches in allmäliger Entwickelung das Liquidationsverfahren als Beendigung schwebender Geschäfte, Tilgung der Schulden, Einziehen der Forderungen, behufs Theilung des so gewonnenen Reinvermögens herausgebildet hat. Diese Entwickelung beginnt mit Klauseln in Verträgen und steigt zur Handelsusance, Handelsgewohnheit, lex im eigentlichen Sinne empor. Die Liquidation steht bei einer besonderen, von der aufgelösten Handelsgesellschaft verschiedenen Liquidationsgesellschaft, welche zumeist von den Gesellschaftern besonders stipulirt, aber später als stipulirt präsumirt und demgemäß subsidiär gesetzlich eintretend angesehen wird. Gekorene Liquidatoren, soweit sie Dritte sein können, sind dem italienischen Handelsgebrauche fremd. Das deutsche Recht hat im Allgemeinen eine eigentliche Liquidation nicht herausgebildet. Es wird, selbst im preußischen Landrechte, von dem Prinzipe der Naturaltheilung beherrscht. Nur für Antwerpen ist aus den compilatae von 1608 unter italienischem Einfluß eine von der erloschenen Handelsgesellschaft verschiedene Liquidationsgesellschaft ohne gekorene Liquidation nachweisbar. In Frankreich ist der Zustand um die Wende dieses Jahrhunderts der, daß der Auflösung ein gewohnheitsrechtliches subsidiär nothwendiges Liquidationsverfahren folgt. Die Liquidation geschieht aber durch einen besonders hierzu erwählten Liquidator, Gesellschafter oder Dritten. So ist Italien die Wiege der Liquidation, Frankreich diejenige der Liquidatoren, deren Befugnisse das dortige Gewohnheitsrecht fortschreitend präzis ausdehnte. Die Verwerthung der historischen Forschung für das gegenwärtige deutsche Recht ergiebt: Der Gesellschaftserrichtung ist ein Präsumtivvertrag, die Realisation des Gesellschaftsvermögens gesellschaftlich vorzunehmen, immanent. Die Liquidationsgesellschaft ist eine neue Gesellschaft, zwar unter den alten Gesellschaftern, aber für spezifisch destruktive Zwecke. Sie folgt der offenen Handelsgesellschaft unmittelbar. Hiermit stellt der Verfasser, wenn auch in gewisser Anlehnung an Behrend eine neue „Präsumtivvertragstheorie" auf. In einem Anhange ist die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach neueren Kodifikationen in rechtsvergleichender Darstellung abgehandelt. Die sorgsamen und zumeist überzeugenden Ausführungen des Verfassers, welcher seine Studie dem intellektuellen Urheber derselben, Goldschmidt, widmen durfte, zeigen von Neuem, welchen Gewinn, trotz aller Zweifel sogenannter Praktiker, die Dogmatik des Handelsrechts aus dessen Geschichte zu ziehen vermag. Es ist nicht das geringste Verdienst Goldschmidt's, daß er für dies Kredo Schule zu machen wußte.

[3]) Dr. jur. Oskar Francken, Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwickelung. Stuttgart 1890. Ferdinand Enke, 172 Seiten.

Digitized by Google

F. Conze bespricht den „Kauf nach hanseatischen Quellen".[4]) Das Material für die Arbeit ist vor Allem durch die Publikation des lübischen und hansischen Urkundenbuchs und der Rezesse der Hansetage erschlossen. Der Verfasser beschränkt sich wesentlich auf die Abhandlung des Handelskaufs und schließt namentlich den Immobiliarverkehr von seiner Betrachtung aus. Die Ergebnisse fasse ich dahin zusammen: Der Verkehr vollzog sich durch Kauf und den von ihm unterschiedenen Tausch. Der Begriff des vielfach bekämpften Vorkaufs ist in 1. Kauf außerhalb des städtischen Marktes; 2. Lieferungskauf; 3. Kauf durch den nicht dazu laut Marktrecht in erster Reihe Berufenen (Fremden vor Bürger) gesondert. Eigenthümlich ist die Art des Verkaufs im Wege der Auktion mit Ausgebot. Der Kauf wird bindend (perfekt) nicht schon durch Konsens, sondern durch Erfüllung Zug um Zug, Erfüllung auf einer Seite, Hingabe des Gottespfennigs, Weinkauf, Handschlag, schriftliche Beurkundung (Real- und Formalkontrakt). Gottespfennig und Weinkauf insbesondere sind nicht nur Bestärkungsmittel des ohnehin perfekten Vertrags. Die Gefahr geht mit der Tradition über. Bei Distanzkauf überträgt zumeist die Aufgabe zum Transporte die Gefahr, sofern nicht am Bestimmungsorte zu erfüllen ist. Baarzahlung findet regelmäßig in der Münze des Zahlungsortes statt. Der Borgkauf wird nach Kräften reprobirt, auch auf feste Zahlfristen und Sicherung für den kreditirten Preis hingewirkt. Die Ansprüche Dritter heben die Lieferbarkeit der Waare auf. Es besteht die Tendenz, die Beschaffenheit der Waare vor Verkauf behördlich prüfen und beglaubigen zu lassen. Vorgängiger Besicht der Waare schließt ursprünglich die Geltendmachung natürlicher (auch latenter) Mängel aus. Ohne solchen Besicht steht Rüge binnen angemessener Frist zu. Neben dem Wandelungsanspruch ist wohl auch derjenige auf Preisminderung nachzuweisen. Die Darstellung Conze's, dessen Arbeit wiederum dem befruchtenden Einflusse Goldschmidt's zu danken ist, zeichnet sich durch Klarheit und ansprechende Einfachheit aus.

G. Lastig ergänzt C. G. Homeyer's und G. Dietzel's Forschungen durch eine den Studien in italienischen Archiven erwachsene Arbeit über Markenrecht und Zeichenregister.[5]) Nach einer Zusammenstellung der Quellen, regelmäßig ihrem vollen Texte nach, werden die sogenannten privaten Marken, wie sie im Handels-, Industrie- und Handwerksbetriebe vorkommen, ausführlich abgehandelt. Aus dem reichen Inhalte sei hervorgehoben: 1. Die „vermögensrechtliche Sachenmarke" weist auf den Träger eines an der Sache bestehenden Vermögensrechtsverhältnisses — Eigenthum, Pfandrecht — hin; so insbesondere im Zollhausverkehr und bei Frachtgut. 2. Die „wirthschaftliche Sachenmarke" soll anzeigen, welche Person die Sache wirthschaftlich erzeugt oder in Umlauf gesetzt hat (Erzeugungs-, Umlaufs-

[4]) Friedrich Conze, Kauf nach hanseatischen Quellen. Bonn 1889. (Berlin, W. Weber). 115 Seiten. Inaugural-Dissertation.

[5]) Dr. Gustav Lastig, ord. Professor der Rechte zu Halle. Markenrecht und Zeichenregister. Ein Beitrag zur Handelsrechtsgeschichte. Festschrift für Adolph Schmidt. Halle 1890. Max Niemeyer. VIII und 194 Seiten nebst 17 Tafeln.

Digitized by Google

marke). 3. Die Urkundsmarke tritt zu rechtlich wichtigen Aufzeichnungen hinzu. So verifizirt die Marke am Rande des Geschäftspapiers das Schriftstück als von dem Markenträger ausgehend, so enthält diejenige als Rechnungskopf das Bekenntniß des Markenträgers zu den Rechnungsposten ꝛc. Die italienische Marke ist aus dem heiligen Kreuz entstanden. Die Wahl der ihm beigefügten Buchstaben ist keine willkürliche. Die Marke ist vielmehr dem Namen, der Firma nachgebildet (Anfangsbuchstabe des Namens). Die Buchstaben lassen indessen auf das Vorhandensein einer Gesellschaft keinen sicheren Rückschluß zu. Ausnahmen von der Regel bestehen (Erwerb durch Erbgang, Geschäftsübergang, Uebertragung oder Einwurf der Marke). Eine größere Unabhängigkeit der (derivativ erworbenen) Marke von der Firma äußert sich jedoch erst in späterer Zeit. Verstand sich in nicht selten vorkommender Weise ein Dritter dazu, einer Kommandit- oder limitirten Gesellschaft seinen Namen zu leihen, so hatte der Cessionar das Recht, den Namen zur Bildung der Marke zu verwenden. Ein eigentliches Markenschutzrecht entwickelte sich erst für die Erzeugungsmarke. Aber als das Schützenswerthe erscheint nicht, wie im heutigen Rechte, das vermögensrechtliche Interesse des Markenträgers, sondern hauptsächlich dasjenige des Publikums. Deshalb neben der Markenfähigkeit auf Markenpflichtigkeit zur Kontrole des Produzenten. Das Recht der Markenführung wird originär, zuweilen mit Registerpflicht und behördlicher Verleihung der Marke, und derivativ durch Erwerb unter Lebenden und von Todeswegen erlangt. Die italienische Marke ist als wirthschaftliches Gut ganz selbständig, auch die Fabrikmarke. Das Recht zur Markenführung erlischt durch Veräußerung, aber auch Nichtgebrauch. Schutzmittel sind außer den privatrechtlichen auf Untersagung der Führung und Schadensersatz öffentliche Strafen. — Beigegeben sind der Abhandlung 16 Tafeln mit Marken und die Nachbildung eines Wechselbriefs von 1471.

Als Rechtsquelle sei das Werk von W. Späing über ausländisches Wechselrecht[6]) angereiht. Der Verfasser verfolgt, nach französischen Vorbildern, weiter die Methode seines Buches „Französisches und Englisches Handelsrecht“ (Berlin 1888), indem er den Artikeln der Deutschen Wechsel-Ordnung jeweilig die entsprechenden Bestimmungen der fremden Rechte in Uebersetzung anschließt. Außer dem französischen und englischen ist auch das belgische Recht in den Betrachtungskreis gezogen, und dies wegen des die Gegensätze des deutschen und französischen Systems mannigfach ausgleichenden Inhalts dieses Rechtes vom wissenschaftlichen Standpunkt aus gewiß mit Fug. Die Darstellung beschränkt sich jedoch nicht auf Zusammenfassung der gesetzlichen Bestimmungen: vielmehr ist die einschlägige Rechtsprechung und Literatur in weitem Umfang und mit großer Sorgfalt herangezogen. Daß das so erzielte Ergebniß noch mehr befriedigt, als des Verfassers älteres Werk, findet bereits in der einer Rechtsvergleichung ungleich günstigeren Materie

[6]) W. Späing, Landgerichtsrath in Berlin, Französisches, Belgisches und Englisches Wechselrecht im Anschluß an die Allgemeine Deutsche Wechsel-Ordnung. Berlin 1890. Franz Vahlen. VIII und 323 Seiten.

Digitized by Google

seine Erklärung. Die Arbeit wird auch, dem Wunsche des Verfassers gemäß, einen werthvollen Beitrag zur Beurtheilung der auf Schaffung eines einheitlichen internationalen Wechselrechts gerichteten Bestrebungen bilden. Nicht wenige Bestimmungen wären, wie die Betrachtung des Buches ergiebt, zu gleichförmiger Regelung in den betheiligten Staaten reif. Freilich werden auch die einschneidenden Differenzen durch die Nebeneinanderstellung um so klarer. Die „loi type" des antwerpener Kongresses von 1885 und ihre brüsseler Ergänzung von 1888 werden schwerlich in absehbarer Zeit ihrem vollem Inhalte nach allseitig Eingang finden. Allerdings hat der brüsseler Kongreß dem deutschen Prinzipe zum schließlichen Siege dahin verholfen, daß in das Wechselrecht nur gehöre, was die Wechselpflicht selbst, nicht aber, was das materielle Verhältniß der Wechselkontrahenten anlange. Allein wo es sich um so tiefgreifende Unterschiede handelt, wie um die Aufnahme oder Nichtaufnahme der Deckungsvorschriften des französischen Rechtes, ist darum die Preisgabe der nationalen Entwickelung noch keineswegs zu erwarten. Ob selbst bei Fragen von minderem Gewichte, wie dem Fallenlassen der Wechselklausel, der Gestattung des Inhaberwechsels, der Unerheblichkeitserklärung des Ausstellungsdatums, der Zulassung des Einflusses höherer Gewalt Deutschland auf Kosten seines wohlbedachten Rechtes Nachgiebigkeit beweisen wird, ist nicht außer Zweifel. Jedenfalls ist es auch auf diesem Gebiete Verdienst des Verfassers, das Verständniß für wesentliche und unwesentliche — und deshalb jedenfalls zu beseitigende — Verschiedenheiten des Wechselrechts wichtigster Länder weiteren Kreisen erschlossen zu haben.

Digitized by Google

IV.

Anzeigen.

Annales de droit commercial français, étranger et international publiées . . . par M. E. Thaller, Professeur à la faculté de droit de Lyon. Troisième et quatrième année. Paris, 1889—1890. Arthur Rousseau.

Die Thaller'schen Annalen dürften wesentlich der Goldschmidt'schen Zeitschrift nachgebildet sein. Sie erfüllen ihre Aufgabe in trefflicher Weise. Der breiteste Raum ist der französischen Rechtsprechung zugestanden. Einen nicht geringen Theil desselben nehmen aber die von verschiedenen Autoren sehr sorgfältig gearbeiteten notes d'arrêts ein, welche Nachrichten über ältere Präjudikate und Literatur geben, auf die Bedeutung der Entscheidung hinweisen und Bedenken anregen — eine Methode, welche äußerst nachahmenswerth erscheint. Größere selbständige Abhandlungen finden sich nur vereinzelt. Die eine derselben über die cession de dettes von dem professeur agrégé in Dijon Raymond Saleilles zeichnet sich durch eingehende Berücksichtigung der deutschen Doktrin aus. Das nämliche gilt von dem Aufsatze des professeur agrégé in Grenoble Albert Wahl De la perte et du vol des titres au porteur, welcher selbst recht vergessene Quellen, wie Voigt und Heinichen's Archiv für Handelsrecht nicht vernachlässigt. Bemerkenswerth ist die Rubrik Chronique de législation, de doctrine et jurisprudence en matière de droit commercial et industriel für Frankreich selbst, Italien, die Schweiz, Belgien, England und namentlich auch für Deutschland, letztere aus der Feder von L. Schwarz in Hamburg. Nicht minder hervorzuheben ist die Abtheilung Questions actuelles, welche vielbesprochene Vorgänge des Lebens nach der juristischen Seite hin erörtert. Auch hier wäre eine Nachfolge in Deutschland wünschenswerth, wenn auch bei der Abneigung der gelehrten Kreise gegen die Tagesfragen schwer durchführbar. Kennzeichnend für den Eifer, mit welchem auch wichtige Erscheinungen des Auslandes sofort behandelt werden, ist, daß die Besprechung des deutschen Invaliditäts- und Alterversicherungsgesetzes vom 22 Juni 1889 („essai de législation socialiste" nicht etwa sociale) in der Rubrik Nouvelles et Informations des letzten Heftes vom Oktober 1890 als überaus verspätet lebhaft entschuldigt und mit den Urtheilen Singer's auf dem Hallenser Kongresse modernisirt wird. Wie der aktuelle, praktische Charakter der französischen Annalen

Digitized by Google

diesseits zur Nachachtung empfohlen wird, so preist wiederum der Herausgeber derselben in der umfangreichen Besprechung über Saleilles' IX und 460 Seiten starken Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand (Jahrg. 4 S. 251 ff.) die deutsche Gründlichkeit. Thaller rühmt die deutsche Methode, insbesondere die Wirksamkeit der Universitätslehre. Das Schwernehmen der Materie erscheint ihm als hoher Vorzug. Er prognostizirt der durch Saleilles vermittelten Kenntniß des betreffenden Rechtsgebiets heilsamen Einfluß auf die französische Doktrin. Offenherzig wird die Zurückhaltung Frankreichs gegenüber dem Eindringen deutscher Wissenschaft beklagt und dem Vaterlande vorgeworfen, daß auch seine Doktrin rein praktisch sei, die Praxis aber zurückbleiben müsse, weil die Doktrin nicht vorrücke. Daß Thaller dies Uebergewicht Deutschlands auf den Mangel einer Kodifikation des bürgerlichen Rechtes zurückführt, ist allerdings — die Richtigkeit der Auffassung unterstellt — nicht geeignet, das Zustandekommen unseres Gesetzbuchs sonderlich wünschenswerth erscheinen zu lassen. Das uns gespendete Lob: „Le droit croit et se développe, et on en a conscience" ist sicherlich kein geringes. Freilich wird uns „cette précision, cette simplification et cette largeur de synthèse" des französischen Rechtes entgegengehalten.

W. Rintelen, Geheimer Ober-Justiz-Rath, Das Konkursrecht nebst Anhang, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, systematisch bearbeitet für den Preußischen Staat ꝛc. Berlin 1890. Otto Liebmann. XII und 196 Seiten.

Der Verfasser hat die ursprünglich in seiner „Systematischen Darstellung des gesammten Prozeßrechts" vereinigten Materien allmählich zu selbständigen Werken herausgearbeitet, so in den Jahren 1888 und 1889 die „Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung" und die „Gerichtsverfassung und Justizverwaltung". In dem vorliegenden Bande ist das Konkursrecht der nämlichen Einzelbearbeitung unterzogen. Der Inhalt der Vorarbeiten zu der Konkursordnung wie die rechtlichen Folgerungen der verschiedenen in Zusammenhang gebrachten Gesetzesvorschriften sind nicht in Form von Anmerkungen, sondern im Texte selbst verwerthet. Die gesammte einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts hat eingehende Berücksichtigung unter fortlaufender Rubrik gefunden. Die in der Literatur bestehenden Kontroversen sind dagegen, soweit nicht das Reichsgericht mit ihnen befaßt gewesen ist, bewußt ausgeschieden. Das Werk wird in dieser Beschränkung seiner Aufgabe, dem Handgebrauche wie dem Studium zu dienen, durchaus gerecht.

Den nämlichen Charakter trägt des Verfassers Werk:

W. Rintelen ꝛc.: Der Civilprozeß, systematisch bearbeitet für die ordentlichen Gerichte des Preußischen Staates und für das Reichsgericht ꝛc Berlin 1890, Otto Liebmann. Bisher Lieferung 1—6. und 560 Seiten.

In demselben sind insbesondere die wichtigen, in Preußen gültigen, mit dem Prozeßrecht in Verbindung stehenden Vorschriften der Landesgesetze und der Landesjustizverwaltung sämmtlich verarbeitet und ist auch das materielle Prozeßrecht

Digitized by Google

eingehend gewürdigt. Namentlich das Erstere erscheint bei der geringen Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen in der Kommentarliteratur als ein sehr zu schätzender Vorzug. Aus Lieferung 1 sei besonders hervorgehoben die Erörterung über Ausschließung und Beschränkung des ordentlichen Rechtsweges, in welcher die einzelnen Materien in alphabetischer Reihenfolge auf 47 Seiten behandelt sind.

Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Von weiland Dr. Moriz von Stubenrauch. Sechste Auflage, neu bearbeitet von Dr. Max Schuster v. Bonnott, k. k. Ministerialsekretär in Wien, und Dr. Karl Schreiber, Sekretär bei den k. k. Staatsbahnen in Wien, unter Mitwirkung von Demeter Ritter v. Mertens. Wien 1890. Manzsche Buchhandlung. Heft 1.

Der bekannte Stubenrauch'sche Kommentar liegt in neuer Auflage vor. Die Vergleichung mit Koch's Landrecht liegt nahe. Die österreichische Arbeit hat vor der preußischen den augenfälligen Vorzug größerer Wissenschaftlichkeit, während sie der letzteren in Verwerthung des praktischen Materials kaum nachsteht. Das treffliche Buch wird auch neben dem groß angelegten Werke von Pfaff-Hofmann seinen Platz bewahren.

Dr. jur. H. Ortloff, Die gerichtliche Redekunst. Zweite Ausgabe. Berlin 1890. Siemenroth & Worms. XIV und 606 Seiten.

Nach einer Einleitung behandelt Verfasser im allgemeinen oder theoretischen Theil die Anwendung der Regeln der Rhetorik auf die gerichtliche Redekunst. Er erörtert hier die persönlichen Eigenschaften eines Redners, die Vorbereitung zu gerichtlichen Reden, die Eintheilungen der Reden und die rhetorischen Mittel. Der besondere oder praktische Theil umfaßt die Parteireden vor Gericht. Er sondert den Eingang der Rede, die Erzählung des Rechtsfalles, die Aufstellung der Streitfragen, die Aus- und Beweisführung und den Schluß der Rede. Ein Anhang ist dem Gerichtsredner vor der Oeffentlichkeit gewidmet. Sicherlich wird, wer das Reden vor Gericht als Amt oder Geschäft betreibt, das Buch mit vielem Nutzen lesen. Aber an der Thatsache, daß der wahre Redner geboren, nicht erzogen wird, ist auch durch den Verfasser nichts zu ändern. Wäre sein Werk kürzer, so würde es voraussichtlich mehr Vortheil bringen. Der junge Jurist, welchem es in erster Reihe gilt, wird selten 606 Seiten über die Redekunst zu studiren geneigt sein. Daß der Abschnitt 4 des besonderen Theiles über die Beweislehre mit seinen Unterabtheilungen Beweisgegenstand und Beweislast, Urtheilsbildung und Beweisrecht, Grundbegriffe der Thatsachenbeweise, Beweismittel und Beweisgründe, Arten des Beweises, Beweisersatz und -Erleichterung, Beweisführung mit empirischen Beweisgründen, Beweisführung mittels logischer Folgerung, Anordnungen der Beweisführung — zusammen fast 350 Seiten — in einem Buche über gerichtliche Redekunst unter rechter Flagge fährt, habe ich bei der Lektüre nicht einsehen können. Das allgemein Werthvolle gerade dieses Theiles soll darum nicht minder anerkannt werden.

Digitized by Google

Unmittelbar vor Abschluß der Lieferung wird das erste Heft einer neuen „Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtshülfe", Erlangen 1890, Palm & Enke (Carl Enke), vorgelegt. Bei der Wichtigkeit dieser Erscheinung ist es angezeigt, auf das Organ sofort mit einigen Worten hinzuweisen. Begründer und Herausgeber ist Ferdinand Böhm, Oberlandesgerichtsrath in Nürnberg, dessen Werke „Handbuch des Rechtshülfeverfahrens" und „Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen" den Verfasser einen wohlbegründeten Ruf für das einschlägige Gebiet verschafft haben. Eine große Anzahl Mitarbeiter ist aufgeführt; der Redaktion ist es gelungen, auch namhafte Mitwirkung in den großen außerdeutschen Kulturländern, Oesterreich-Ungarn, Frankreich, England, Italien, der Schweiz, Belgien, Holland, Schweden und Norwegen, Spanien, Rußland, der Türkei und Nordamerika zu finden. Der Programmartikel „Die Doktrin des internationalen Privatrechts" rührt von Meili her, welcher in Zürich die an Universitäten deutscher Sprache wohl einzige Professur für internationales Privatrecht und vergleichende Jurisprudenz bekleidet. Seinen Ausführungen ist zu entnehmen: Die wissenschaftliche Pflege des internationalen Rechts in Deutschland ist nothwendig, insbesondere die Einrichtung eigener Lehrstühle, einer Gesellschaft ähnlich der Société de Législation étrangère in Paris, einer eigenen deutschen Zeitschrift, in welcher Theorie und Praxis zu Worte kommen. Die Jurisprudenz muß auf diesem Gebiet ihre Renaissance erleben, weil der Horizont erweitert wird und weil die beschränkte territoriale Auffassung einem idealen und universalen Blicke Platz macht. „Auf dem Terrain des internationalen Privatrechts werden die Juristen verhindert, bloße Rechtsantiquare zu werden: ein Goldregen feiner eleganter und ungelöster Fragen ergießt sich hier über die Juristen, welche Praxis mit Theorie verbinden, und das mühsame und öde Studium bloßer juristischer Pfahlbauten tritt nach und nach in den Hintergrund, wohin es gehört". Auseinanderzuhalten ist 1) das internationale öffentliche Recht: Völkerrecht, internationales Verwaltungs-, Prozeß- und Strafrecht; 2) das internationale Privatrecht: Civil-, Handels-, Wechsel- und Versicherungsrecht, See- und Verkehrsrecht. Das internationale Privatrecht ist so wenig ein Zweig des Völkerrechts, wie das Civilrecht ein Theil des Staatsrechts. Das Völkerrecht umfaßt die Normen, gemäß welchen die Ansprüche der mit einander verkehrenden Staaten im Verhältnisse zu ihnen bestimmt und realisirt werden. Das internationale Privatrecht faßt die auf dem Boden des privatrechtlichen Weltverkehrs entstehenden Interessen und Rechte der einzelnen Individuen ins Auge. Gemeinhin wird unter internationalem Privatrecht das Recht verstanden, das sich auf Private im internationalen Rechtsleben bezieht, mag es das eigentliche Civilrecht berühren, oder die Art der Verfolgung der Rechtsansprüche oder das Recht der Bestrafung betreffen. Allein die Bezeichnung ist dann nicht zutreffend: korrekt begreift der Ausdruck nur die Normen, welche das Herrschaftsgebiet derselben unter verschiedenen Völkern abgrenzen, wenn die privatrechtlichen Beziehungen eine Konkurrenz oder Kollision jener Normen herbeiführen. Die Differenzirung ist doktrinell wichtig, weil die Entfaltung der staatlichen Souveränetät bei Anwendung des internationalen Civilrechts keine Rolle spielt, eine große dagegen im

Digitized by Google

Völkerrecht, dem internationalen Prozeß-, Straf- und Verwaltungsrecht. Das internationale Recht gruppirt sich äußerlich richtig in das internationale Privatrecht, mit den Unterabtheilungen Civil- und Strafrecht, und das Völkerrecht. (cfr. aber Titel der Zeitschrift.) Die Kodifikation des internationalen Privatrechts ist noch nicht an der Zeit; auch die Idee eines Weltrechts ist noch Chimäre. Doch giebt es Gebiete, welche für internationale gleichförmige Unifikation geeignet sind; da nämlich, wo wirkliche Weltinstitute bestehen und wo gemeinsame reale Interessen der civilisirten Erde in Frage liegen: so im Wechselrecht, im Handelsrecht (Aktien (?), Cheques, Inhaberpapiere), im Patent-, Marken-, Muster-, Modellrecht, im Autor-, im Verkehrs- und Seerecht. „Im übrigen aber ist die Konflikts- und Reibungsperiode des Rechts die naturgemäße Vorstation jeder Vereinheitlichung". Nicht in Verbindung zu setzen mit der Doktrin des internationalen Privatrechts ist insbesondere die vergleichende Rechtswissenschaft. Die Letztere ist mit der Aehnlichkeit der Gesetze befaßt, das erstere Recht nährt sich aus den Dissonanzen, um die aus der Zusammenstoßung der Gesetze entstehenden Konflikte zu lösen.

Der übrige Inhalt des Heftes ist diesem, noch nicht abgeschlossenen, Programm gemäß. Setti in Rom bespricht die international-rechtlichen Bestimmungen im neuen italienischen St.-G.-B.; Grünwald in Metz den Rechtsschutz der Photographie in den Verbandsländern der Berner Uebereinkunft. Klöppel in Leipzig erörtert in der ihm eigenen, zu scharfen Weise die leitenden Grundsätze des internationalen Privatrechts in Anlehnung an Bar's internationales Privatrecht. Die Rechtsprechung wird für Deutschland, Frankreich (von Beauchet in Nancy), England (von Schuster in London), Oesterreich-Ungarn, die Schweiz (von Hafner in Lausanne und Haan in Wien) wiedergegeben. Aus der Rubrik Gesetzgebung sind insbesondere die für Dänemark maßgebenden Grundsätze, welche die Zeitschrift dem dänischen Justizminister dankt, hervorzuheben. Interessant sind auch die vermischten Mittheilungen, durchaus sachgemäß die Literaturberichte von König in Bern.

Es wäre sehr zu wünschen, daß die so trefflich sich einführende Zeitschrift nicht nur wissenschaftliche Triumphe feierte: Der Praktiker steht dem internationalen Privatrechte weniger rathlos, als vielmehr beschämt gegenüber. Wer dem Kläger eröffnen muß, daß ihm sein mühsam erkämpftes Urtheil gegen den Franzosen, den Engländer, den Amerikaner, den Russen nicht unbedingt hilft, wer selbst nur eine Zeugenvernehmung in Portugal, ja eine Zustellung in Ungarn versucht, und sieht, daß sie nicht gelingt, der weiß, was das bedeutet. Der § 700 C.-P.-O. „Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urtheile deutscher Gerichte vollstrecken ꝛc." ist der entbehrlichste des ganzen Gesetzes: denn ein Anwendungsgebiet hat er nicht. Wer die Behandlung des Fremden auf materiellem Gebiete studieren will, dem sei der russische Ukas über die Zulassung ausländischer Aktiengesellschaften in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 35 S. 513 zum Studium empfohlen. Ring.

Digitized by Google

6.

Die Ideale im Recht.

Von J. Kohler.

---

§. 1.

Daß die Rechtsordnung nicht nach eingebildeten, aus irgend welchem philosophischen System hervorgeholten Prinzipien, sondern nach den durch die spezielle Kultur der Zeit gegebenen realen und idealen Bedürfnissen ihre Sätze bilden muß, kann heutzutage nicht mehr einem Zweifel unterliegen; und wenn ich daher von Idealen des Rechts spreche, so liegt mir nichts ferner, als zu veralteten naturrechtlichen Idealen zurückzukehren. Wer so viel auf den Rechtsgebieten der verschiedensten Völker sich bewegt hat, weiß, was es mit solchem Naturrecht für eine Bewandtniß hat. Die Völker halten das Verschiedenste für recht und für unrecht. Was uns am meisten mit Schrecken erfüllen würde: eine Ehe mit der Schwester, ist einst von den Parsen des 6. bis 9. Jahrhunderts, ja bis in das 14. Jahrhundert als die höchste Tugend proklamirt worden; und umgekehrt die Ehe mit dem Ausländer, mit dem Nichtkastengenossen gilt bei anderen Völkern als ein Vorkommniß, das allgemeines Entsetzen erregen würde.

Wenn ich von Idealen spreche, so sind es eben die Kulturideale einer bestimmten Zeit, und soferu von dem geltenden Rechte die Rede ist, die Kulturideale unserer Zeit; nichts ist aber sicherer, als daß unser Recht die Kulturideale unserer Zeit zu berücksichtigen hat.

Damit soll gesagt sein: das Recht hat sich nicht blos nach den realen Bedürfnissen der Menschen zu richten, sondern auch nach den

Digitized by Google

Sittlichkeits-, Schönheits- und Religionsbestrebungen, und diese zusammen bilden die idealen Seiten des menschlichen Lebens.

Das Recht hat diese Seiten des menschlichen Lebens nicht nur zu berücksichtigen, sofern sie in die Welt der realen Bedürfnißbefriedigungsweise mit eingreifen, es hat sie auch zu berücksichtigen außerhalb derselben, ja selbst dann, wenn die realen Glücklichkeitsbestrebungen dadurch gekreuzt werden, wenn solche sonst in besserer drastischer Weise gefördert werden könnten.

Anderwärts will ich darstellen, welch' bedeutenden Einfluß die Religionen auf die Entwickelung des Rechts ausgeübt haben; daß die religiösen Ideen weit und tief in die Rechtsbildung eingegriffen und zeitweise Institute gezeitigt haben, welche den Schrecken der Utilitarier bilden würden. Ebenso haftet aber auch unser Recht noch tief in religiösen und sittlichen Vorstellungen — wohl, daß dem so ist: das Recht soll mit dazu beitragen, nicht nur den Menschen glücklich zu machen, sondern auch ihn über sich selbst zu erheben.

Religion wie Sittlichkeit verlangen aber eine gewisse Heiligung des Herzens, eine gewisse Hingabe an allgemeine Zwecke, eine Hingabe an Zwecke des geistigen Lebens: der Einzelne hat Opfer zu bringen für das Gesammte, er hat die Menschenliebe zu pflegen, er hat zu ringen nach dem Schönen und nach dem Guten, nach der Erkenntniß. Die Tugend, welche darin besteht, daß der Einzelne sich diesen Zwecken hingiebt, ist vom Rechte in jeder Beziehung zu fördern; was dem widerstrebt, soll das Recht beseitigen, soweit eine solche Beseitigung in seiner Sphäre liegt.

Das gilt auch, wenn der Utilitarismus dadurch gekreuzt wird; die Tugend wird vom Rechte unterstützt, auch wenn sie im einzelnen Fall nicht die Bedürfnisse des Einzelnen oder des Ganzen fördert; die Heiligung des Herzens ist eine Sache der Pflege und Wartung, ganz abgesehen von dem Glücksvortheil, welcher dem Einzelnen oder dem Ganzen daraus zu erwarten steht. Daß die Menschheit große Charaktere, edle Persönlichkeiten hat, ist an sich schon ein erstrebenswerthes Gut, auch wenn die ganze Menschheit sich dabei schwer unglücklich fühlen sollte.

Der Vorzug, den solche Tugend gewährt, besteht darin, daß nur auf solche Weise die Menschheit ihre Ziele erreichen kann. Eine Menschheit im höchsten Glück des Ganzen wie der Einzelnen könnte

Digitized by Google

möglicherweise an dem wahren Ziel vorbeischießen; nicht das Glück, sondern die Tugend, die Erkenntniß, die ästhetische und religiöse Erhebung führen die Menschheit auf die höchste Stufe.

Man müßte daher den Utilitarismus, auf daß er richtig wäre, dahin erweitern, daß man sagte, nicht das Glück der Gesammtheit sei das Kriterium für das utile, sondern die Ziele der Menschheit. Da aber die Ziele der Menschheit sich in den verschiedenen Zeitläuften in so verschiedenen Weisen entwickeln, so würde damit der Utilitarismus in lauter Allgemeinheiten verfallen und in Unbestimmtheit zerfließen. Der Utilitarismus ist eben nicht geeignet, die Grundlage des Rechts zu bilden.[1])

Bleiben wir also dabei: die Rechtsordnung hat nicht nur für das Glück der Einzelnen und für die Summe der Glückseligkeit Aller zu wirken, sie hat auch die Ideale der Kultur zu pflegen, d. h. dasjenige, was eine bestimmte Kulturepoche als sittliches, ästhetisches oder religiöses Postulat aufstellt.

Damit soll nicht gesagt sein, daß das Recht zum abstrakten Sittenprediger werden solle. Die Sittlichkeit ist ja nur eines der verschiedenen Elemente, welche das Recht berücksichtigen soll. Das Recht soll beispielsweise wegen des Sittlichen nicht das Schöne bei Seite setzen und soll die Kunst nicht deswegen vernachlässigen, weil die Kunstproduktion dem einen oder dem anderen ein sittliches Arg bereiten kann. Das Recht soll dem Menschen die Lebensfreude lassen, es soll dem tüchtigen Menschen frei und klar die Bahn des Lebens eröffnen. Aber es giebt gewisse Punkte, wo das Recht niemals paktiren darf; das Recht darf sich niemals auf eine Anschauung begeben, die vielleicht eine Vulgäranschauung sein möchte, die aber unserer sittlichen Vorstellung ins Gesicht schlägt. Hiervon ist nun im Folgenden zu handeln.

§. 2.

Ist die Eheschließung ein Vermögensvortheil? hörte man vielfach in den Gerichtssälen debattiren, als die Betrugsfrage herantrat und der Fall sich ergab, daß Jemand durch Täuschung, Vorspiegelung und Verheimlichung sich in eine Ehe hineingespielt hatte,

[1]) Ueber den Utilitarismus und Eudämonismus im Recht vgl. auch Pulszky, Theorie of law and civil society p. 373 fg.

Digitized by Google

welche sich ihm als ein vortheilhaftes Geschäft darstellte. Er hatte nur das Geld im Auge, die Ideale der Ehe waren ihm Null. Aber darf das Recht auch so denken? darf das Recht sagen: der Betreffende habe die Absicht gehabt, sich einen unberechtigten Vermögensvortheil zu verschaffen, als er die Absicht hatte, sich zu verheirathen? Nie und nimmermehr; das Recht darf hier niemals transigiren. Das Recht muß die Ehe als ein Idealinstitut höchsten Ranges auffassen, das zur geistigen Erhebung der Menschen da ist, und die Vermögensfolge darf das Recht nur als etwas nebensächliches, diesen Zwecken dienliches betrachten; das Recht soll die Vermögensfolgen so gestalten, daß sie thunlichst dem idealen Ehezwecke dienen. Dem entsprechend darf das Recht in der Eheschließung zwar einen Vortheil, niemals aber einen Vermögensvortheil erkennen,[2]) es darf dies ebensowenig, als in der Erlangung eines geistigen Amtes oder in der Erhebung zum Adelsstand.

Hier zeigt sich unser Prinzip klar und deutlich; im einzelnen Fall würde der frivole Ehrenmann die Strafe des Betruges sehr wohl verdienen. Aber das Recht könnte sie nur statuiren unter Preisgabe seines Ideals; es könnte solches nur unter Ausspruch des Satzes, daß die Ehe ein Institut, ein Geschäft ist, welches Vermögensvortheile bietet; und dies darf das Recht niemals sagen, auch wenn 20 Schwindler in Folge dessen ungestraft bleiben und noch mehr Familien in Folge dessen eine Kränkung in sich tragen, welche keine Sühnung findet. Denn würde das Recht solches sagen, es würde dies sofort in die Volksanschauung hineingleiten; die mannigfach hin- und herschwirrende Vulgäridee von der Ehe als Geschäft, die noch durch ein gewisses gesellschaftliches Anstandsgefühl zurückgehalten ist, würde mit voller Wucht einbrechen. Dies muß das Recht unter allen Umständen verhüten. Daß die Ehe als ideales Institut des höchsten menschlichen Fühlens aufrechterhalten wird, ist einer der Hauptsätze unserer geistigen Kultur; und die Umstoßung dieses Satzes würde einen unendlichen Verlust an Idealen

[2]) Ein Vortheil im Sinne des §. 49a R.St.G.B. kann in der Ehe allerdings erblickt werden; aber in §. 49a handelt es sich nicht um pekuniäre Interessen: es handelt sich hier lediglich darum, daß eine Zusage einen bedeutsame stimulus zu der That enthält, und dies kann man in dem Versprechen der Ehe finden, ohne die Ehe zu degradiren. Vgl. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzb. S. 231.

Digitized by Google

enthalten. Daß eine andere Zeit anders denken kann, daß einmal spätere Jahrhunderte sich darüber kein Gewissen machen werden, ist nicht ausgeschlossen. Möglich daß dann andere Institutionen diesen Defekt ausgleichen. Solange aber unsere heutige Kultur dauert, solange nicht unser Geistesleben auf ganz andere ideale Basis gestellt ist, ist dieses Ideal hoch zu halten, und das Recht muß jede Transaktion verwerfen.

Treffend spricht dies auch das deutsche Reichsgericht vom 22. Januar 1883 (Entsch. in Strafs. VIII. S. 12, 14) aus:

> „die Ehe ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern die Verbindung von Mann und Weib zu ungeteilter Lebensgemeinschaft, das ‚consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Die Eingehung der Ehe begründet freilich auch Vermögensrechte und vermögensrechtliche Verpflichtungen. Indessen erschöpfen diese nicht das Wesen der Ehe, sondern es sind die letzteren lediglich die für das äußere Rechtsleben aus den sittlichen, den familienrechtlichen Wurzeln des Institutes sich ergebenden Folgerungen."

In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht allerdings einen mehr vermittelnden Standpunkt eingenommen. In der Entscheidung vom 21. Mai 1886 (Entsch. in Strafs. XIV. S 137, 143) nimmt es Betrug an, wenn der eine Theil den anderen in der Absicht täuscht:

> „die Ehe nur einzugehen, um das Vermögen der Frau oder dessen Einkünfte in die Hände zu bekommen und nicht für die Ehe zu verwenden, sondern der Frau zu entziehen und lediglich für sich zu verwenden."

Dem kann nicht beigestimmt werden. Wer den anderen täuscht, auf daß er eine Ehe eingeht, der täuscht ihn, auf daß eine Ehe mit all ihren Rechten und Pflichten entstehe. Ob der Täuschende auf die dadurch zu erlangenden pekuniären Rechte ein ausschließliches Gewicht legt, kommt nicht in Betracht; denn für die Frage, ob etwas Vermögenssache sei, ist nicht die Auffassung des Thäters maßgebend, sondern die Auffassung des Rechts. Daß natürlich ein Betrug vorliegen kann, wenn Jemand die Ehe gar nicht abschließen will, sondern nur seinen Willen, sie abzuschließen, vorspiegelt, um

Digitized by Google

das Geld zu erlangen, versteht sich von selbst. Und ebenso könnte dann ein Betrug angenommen werden, wenn der Thäter etwa nur eine Momentanehe beabsichtigte, indem er sich die Gelegenheit verschaffte, die Ehe sofort anzufechten oder zu lösen: denn eine Momentanehe ist zwar eine Ehe, aber keine Ehe, welche die Entwickelung der ethischen Seiten der Ehe ermöglicht.

§. 3.

Gerade auf die Eheschließung bezieht sich eine zweite Frage, die in Deutschland, England, Frankreich und Italien viel besprochen wird, die Frage über die Klagbarkeit des Ehemakellohnes. Wie Vieles ist darüber gesprochen worden, daß ein solches Vermittelungsgeschäft den Bedürfnissen entspreche, daß es durch unsere Gewohnheiten einmal sanktionirt sei, daß daraus oft sehr gute Ehen hervorgingen, daß man die Vernunftehen ebenso anerkennen müsse, wie manches andere, und daß ja nicht gesagt sei, daß die Makler im Interesse des Zustandekommens der Ehe die Verhältnisse unrichtig darstellten oder verschleierten, oder daß dabei allein der Geldstandpunkt in Betracht komme. Alles dies ist völlig unzureichend. Die scheinbarste Vertheidigung wäre die, daß bei vielen Völkern die Ehevermittelung durch Jahrhunderte in Uebung gewesen ist, daß der Ehevermittler oder die Ehevermittlerin, ein Barbier, eine Wartefrau, bei manchen Völkern die größte Rolle spielen,[3]) ja als unentbehrliche Zuthaten der richtigen Eheschließung gelten.

Aber dieser historische Einwand ist wiederum unstichhaltig: das waren Zeiten und Völker, welche ihre ideale Basis anderwärts suchten. Wo, wie bei den Chinesen, der Ahnenkultus eine höchste Rolle spielt und das ganze Leben verklärt, da ist es völlig erträglich, wenn die Ehe mit weniger Nimbus umgeben ist. Man könnte ja eben so gut entgegenhalten, daß in manchen Ländern die Frauen gekauft werden.

Dazu kommt noch, daß bei vielen Völkern von demjenigen, was bei uns das Bedenklichste ist, von der hervorstechenden oder ausschließlichen Berücksichtigung des Geldpunktes, keine Rede sein

[3]) Auch noch bei den Römern kam es vor, daß in sponsalibus constituendis: „fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur," fr. 18 de sponsalib. (Ulpian).

Digitized by Google

kann, da die Töchter durch die Söhne von der Erbschaft ausgeschlossen werden; und das Erbtochterwesen, im Fall keine Söhne vorhanden sind,[4]) hat wieder seine besonderen Seiten. Hier überall sind die Verhältnisse anders gelagert und können mit den unsrigen nicht in Parallele gestellt werden.

Was endlich noch hauptsächlich in Betracht kommt, ist der Umstand, daß bei uns die Ehe unlöslich oder sehr schwer löslich ist; je fester aber das Eheband ist, um so mehr muß alles beseitigt werden, was die unbefangene Beurtheilung der durch die Ehe herbeigeführten ethischen Situation stört. Darum ist die Sachlage bei uns auch ganz anders, als sie im klassischen römischen Rechte gewesen ist.

Was aber von unserem Kulturstandpunkt den Ehemakel als etwas Verwerfliches und der Rechtssanktion Unzugängliches charakterisirt, ist zweierlei. Der Ehemakler betreibt die Sache als Geschäft, und wer sich mit ihm einläßt, behandelt die Ehe auch als Geschäft; er behandelt dasjenige als Geschäft, was unsere Kulturordnung als die höchste Verbindung der Herzen und Geister, als einen tief ethischen Verband für Lebenszeit erklärt. Wenn aber die Ehe als Geschäft behandelt wird, so werden nicht die seelischen Faktoren, welche die Verbindung der Ehe zu einer tiefen Herzensverbindung machen, in Betracht kommen, sondern Dinge rein äußerlicher Art, insbesondere der Stand des Vermögens: die Vermögensseite wird Alles überwuchern; man wird die Braut nach der Mitgift taxiren, man wird Mitgiftstabellen aufstellen, man wird die Makelgebühr nach der Höhe der Mitgift feststellen. Nun ist es richtig, daß derartige Aspirationen nicht erst durch den Ehemakel in die Welt gebracht worden sind, daß es auch sonst Mitgiftsjäger und Geldehen genug giebt — aber das muß die Rechtsordnung dem Leben überlassen, sie kann den Einzelnen nicht bevormunden; wenn aber die Rechtsordnung selbst in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn das Recht selbst seine Hand dazu bieten soll, daß solche Aspirationen unterstützt werden, dann muß das Recht sich weigern und seine Hülfe von sich weisen. Daß Vieles im Leben geschieht, was durch kein Gesetz verboten ist und doch dem Idealen ins Gesicht schlägt, ist

[4]) Wie in China oder Japan.

Digitized by Google

leider nur zu wahr; aber darum hat die Rechtsordnung nur umsomehr Grund, alle diejenigen von seiner Schwelle zu weisen, die mit derartigen Bestrebungen noch in den Tempel des Rechts dringen wollen. Verwerflich ist nicht nur dasjenige, was rechtlich verboten ist, verwerflich ist dasjenige, was den idealen Anschauungen über hohe Sittlichkeitsinstitute zuwider ist; und mag es im Leben hundertmal gepflogen und geübt werden, die Rechtsordnung muß sich rächen, sobald man ihre Hülfe beansprucht. Wer einen Ehemakellohn einklagt, insbesondere wenn er in Prozentsätzen der Mitgift festgesetzt ist, dem erwidert das Recht, daß der Ehemakelvertrag zwar nicht mit Strafe bedroht ist, daß eine Vulgäranschauung des Lebens sich öfters mit ihm abfindet, daß aber nichtsdestoweniger eine geschäftsmäßige Behandlung, welche die Ehe von der Herzensneigung loslöst und zu einem Gegenstand des egoistischen Klügelns macht, des Rechtsschutzes unfähig ist.

Noch tiefer schneidet aber eine andere Rücksicht in die Frage ein: das Ideal der Ehe setzt voraus, daß die Ehe aus persönlichen Beziehungen der beiden Personen hervorgegangen ist, daß es persönliche Eindrücke waren, welche zur Verbindung geführt haben; höchstens, daß die den Betheiligten zunächst stehenden Personen sich einmischen, alles voll verwandtschaftlicher Liebe, Zärtlichkeit und Uneigennützigkeit. Das Ideal der Ehe duldet es nicht, daß ein Dritter eingeschoben wird, der aus Begehr nach Gelderwerb die Ehe betreibt, d. h. die Ehe betreibt aus Motiven, welche von der Ehe abliegen und nicht aus der idealen Sachlage entspringen, welche die Ehe voraussetzt. Die Folge ist die, daß ein solcher zum Zweck des Zustandekommens der Ehe sich irgend welcher Mittel bedienen wird, die von der richtigen Sachbehandlung abweichen, — nicht nothwendig werden dies Täuschungsmittel sein, es genügt, daß Einflüsse, Suggestionen geübt werden, welche, auf die momentane Gemüthssphäre einwirkend, die Wahl bestimmen, welche in ihrem bestimmenden Walten berechtigte Gegenmotive zurückdrängen oder Anreize zur Wahl bieten, welche sonst nicht vorhanden wären. Nun sind derartige Einflüsterungen auch von anderer Seite her möglich; aber das Recht darf solche Einflüsterungen nicht unterstützen, es darf Veranstaltungen, welche auf Suggestion angelegt sind und darauf angelegt sind, bei der Ehewahl in unangemessener Weise einzuwirken,

Digitized by Google

keine Sanktion geben, es darf Suggestionsverträge, welche in sich nothwendig eine unrichtige, ungeziemende, sachwidrige Einwirkung bergen, nicht für rechtsgültig und rechtlich klagbar erklären — es würde sich sonst an derartigen sachwidrigen, dem Eheinstitut höchst gefährlichen Veranstaltungen betheiligen, und das darf es niemals.

Wie man sieht, hat alles dieses seinen inneren Grund in der Inkommensurabilität der geistigen Empfindungen gegenüber den eigennützigen Absichten und Bestrebungen: niemals kann, wer Geld erstrebt, sich an die Stelle dessen setzen, welcher seine Ideale verwirklichen will; niemals kann ein solcher ermessen, ob eine Verbindung frommt oder nicht, ob sie zu befördern oder zu widerrathen ist; er wird seinem Vortheile nachstreben, und das ist das Verderbliche.

Ich weiß nun wohl, daß manche mich des unpraktischen Idealismus zeihen werden;[5]) aber mag man es praktisch oder unpraktisch finden, ich halte es immer für einen großen Vorzug, die Fahne des Idealismus hoch zu halten; und das muß die Rechtsordnung in hohem Maße: die Rechtsordnung muß sagen: Bestrebungen, welche durch ihre Natur darauf angelegt sind, daß eigennützige Agitationen Dritter auf das Zustandekommen eines so heiligen, menschlichen Verbandes einzuwirken, darf ich nicht als auf meiner Höhe stehend betrachten, ich darf sie nicht sanktioniren. Das Recht würde sonst in der idealen Schätzung der Ehe einen Schritt heruntergehen, und das hätte einen ungeheuren Einfluß auf die Werthschätzung des Institutes im Leben des Volkes,[6]) dies ins-

[5]) Völlig unrichtig ist, was Scherer, Badische Annalen Bd. 56 S. 46, von der nüchternen deutschen und von der romanhaften französischen Rechtsauffassung entwickelt. Daß das Leben auch seine materiellen Seiten hat, wird Niemand leugnen; wohl uns aber, wenn wir, das Volk der Denker und Dichter, uns jenen Idealismus wahren, der in der Ehe eine durchweg ideale Vereinigung erblickt.

[6]) Man hat entgegengehalten, daß Mäklerehen oft sehr gut auslaufen und sog. Vernunftehen oft sehr glücklich seien. Ebenso gut könnte man entgegenhalten, daß in China die Ehen meist glücklich auslaufen, obgleich die Betheiligten einander bei der Eheschließung zum erstenmal sehen. Wenn auch hundert brave, gesittete Ehen daraus hervorgehen — wesentlich ist, daß der ideale Zug in der Schätzung und Uebung der Ehe dadurch unendlich Noth leidet; wesentlich ist es, daß ein nicht auf tiefe Herzensneigung gebautes Glück nicht dem Ideal der Ehe entspricht, mag es sonst soviel Glück sein, als es wolle.

Digitized by Google

besondere dann, wenn die Rechtsprechung volksthümlich ist und im Volke einen lebhaften Wiederhall findet. Man würde derartige Entscheidungen als ein Beispiel anführen, man würde sich dadurch in der genannten Vulgäransicht bestätigt fühlen, und das wäre im höchsten Grade bedenklich.[7])

Vollkommen mit Recht weisen daher die französischen Gerichte eine jede Klage wegen Zahlung des Ehemakellohnes ab; sie sagen mit Recht, daß das Institut der Ehe zu hoch steht, als daß die Rechtsordnung irgend wie sich den Anschein geben dürfte, als ob es, wenn auch nur indirekt, Gegenstand eines Geldgeschäfts werden könne; das Zustandekommen der Ehe darf nicht mit einem Geldgeschäft in Verbindung gesetzt werden; wo ein Geldgeschäft seinen Einfluß übt, wird die ideale Seite der Ehe zurückgedrängt — und dies darf die Rechtsordnung nicht fördern.

Schon ein Urtheil des Pariser Parlaments vom 29. Januar 1591 (in Mornacius, Recueil d'arrests du Parlement de Paris I Nr. 55) entschied, daß Makellohn nicht zu zahlen sei;[8]) auch der Avocat général sprach für die Ungültigkeit dieser Verträge.

Geradezu klassisch aber sind die Ausführungen des französischen Kassationshofes v. 1. Mai 1855 (Sirey, Recueil général 55 I p. 348):

attendu que le mariage étant, dans le système de notre législation, un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la société, dont il est la base essentielle, le consentement des époux qui s'unissent ou des parents qui ont autorité sur eux doit être libre, éclairé, et par conséquent affranchi de toute influence étrangère et intéressée à agir sur la détermination des uns ou des autres; que tout ce qui serait de nature à compromettre ou à altérer la moralité et la liberté du consentement est par cela même contraire au voeu

[7]) Nicht entscheidend können für uns die aus anderen Lebensverhältnissen hervorgehenden römischen Aussprüche sein, fr. 3 de proxenet., cf. fr. 18 de sponsal. Die c. 6 de sponsal. ist zudem eine lex restituta. Ueber diese lex spricht das Sächs. O.-A.-G. 3. Februar 1859 (Annalen des Sächsischen Oberappelationsgerichts I. S. 40).

[8]) Auch citirt in Rousseau de Lacombe, Recueil de Jurisprudence v. Proxenete p. 514.

Digitized by Google

de la loi, à l'ordre public et aux bonnes moeurs; qu'il en est ainsi d'une convention par laquelle un tiers, s'engageant à employer ses soins et ses démarches pour un marige, stipule en retour, sous la condition de réussir, une prime calculée moins en raison des soins on des démarches promis, qu'en vue du succès et selon l'importance du résultat; qu'aux relations destinées à préparer l'indissoluble société dans laquelle chacun des époux apporte, avec ses biens, sa personne même et sa vie toute entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic; que, pour assurer le succès qui est la condition de la prime stipulée, cet agent pourrait, même sans fraude, peser directement ou indirectement sur le consentement des époux ou de leurs parents, en agissant de façon à dissimuler ou à prévenir, à atténuer ou à combattre les causes même les plus légitimes d'hésitation ou de refus. . . . . .

So auch die spätere französische Jurisprudenz. So besagt der Appellhof Paris v. 3. Februar 1859 in Bestätigung des Seinetribunals: que les bonnes moeurs et la moralité publique sont intéressées à ce que le consentement des parties, lors des mariages, soit complétement libre et dégagé de toutes influences étrangères que l'on pourrait acheter à prix d'argent (Sirey 59 II. 295). Vgl. ferner Entscheidung desselben Appellhofs v. 8. Februar 1862 (Sirey 62 II. 378); Appellhof Nimes v. 22. Juni 1868 (Dalloz, Rec. Period. 69 II. p. 58) und denselben v. 18. März 1884 (Z. f. franz. Civilrecht XVI. S. 182); ferner Appellhof Paris v. 11. Januar 1884 (vgl. dieses Archiv I S. 358).[9])

Dies ist nicht, wie man gemeint hat, eine Romantik des französischen Rechts, es ist dies schon längst auch die Lehre des englischen Rechts; schon längst erklärt das englische Equity-Recht die marriage brokage contracts für nichtig: all contracts or agreements for promoting marriages for reward . . . . are utterly void, upon the principle, that every contract relating to marriage ought to be free and open, whereas marriage brokage contracts

[9]) So auch die französische Literatur, vgl. Larombière, Traité des obligations ad a. 1133 Nr. 11; ferner Demolombe und Laurent, vgl. Z. f. franz. Civilrecht III. S. 42, X S. 404.

Digitized by Google

necessarily tend to a deceit on one party to the marriage, or to the parents or friends; sie seien not only injurious for the particular damage done to the parties only, but likewise on grounds of public policy.[10]) Es wird verwiesen auf Entscheidungen Roberts c. Roberts, Heap c. Marris, Chesterfield c. Janßen; und in der Sache Hall c. Thynne wurde mit Recht bemerkt, that marriages ought to be procured and promoted by the mediation of friends and relations, and not of hirelings.[11])

Derartige Verträge gelten in England nicht nur als Verträge ohne consideration, sondern als Verträge mit illegal consideration, und ein Versprechen, wenn auch under seal, ist nichtig.[12])

Das ist die richtige germanische Antwort für Diejenigen, welche der französischen Entscheidung gegenüber von der germanischen Nüchternheit sprechen wollen, die in Rechtssachen angemessen sei!

Von den deutschen Gerichten haben wir einige Entscheidungen für die Gültigkeit des Makellohnversprechens, mit denen wir uns in keiner Weise einverstanden erklären können.[13]) So wenn es in der Entscheidung des O.-A.-G. Dresden vom 27. September 1860 (Annalen des Sächs. O.-A.-G. II. Nr. 112 S. 540) heißt: „es läßt sich keineswegs behaupten, daß die Leistung und bezüglich Annahme eines solchen Versprechens an sich etwas Unsittliches enthalte". Noch weniger können wir mit den Gründen des Obertribunals Stuttgart vom 29. Mai 1858 (Seuffert XIII. Nr. 14) harmoniren, wenn hier gesagt ist: „Zwar ist zuzugeben, daß es, vom höheren sittlichen Standpunkte aus, keine Begünstigung verdient, wenn die Stiftung einer Ehe zum Gegenstand eines Gelderwerbs gemacht wird, und ein feineres Gefühl wird es nicht zu-

[10]) Tudor, Selection of leading cases in equity with notes (London 1886) II. p. 208.

[11]) Tudor II. p. 208, 209. Vgl. auch Pollock, Principles of Contract p. 323 f. Ebenso amerikanisches Recht, Myer, Federal decisions VIII §. 552.

[12]) Pollock, Principles of Contract p. 323, 324.

[13]) Man hat sich für die Gültigkeit des Ehemakellohns in Deutschland auch auf §. 35 Gewerbeordnung bezogen, worin das Geschäft der gewerbsmäßigen Vermittelungsagenten für Heirathen erwähnt wird. Aber damit ist nur gesagt, daß die Polizei, insbesondere die Gewerbepolizei, gegen solches Gewerbe nicht einschreitet und es bestimmter Regelung unterstellt; über die civilistische Gültigkeit solcher Verträge ist dadurch in keiner Weise entschieden.

Digitized by Google

lassen, sich Diensten der fraglichen Art gegen Belohnung zu unterziehen. Allein für den Rechtsverkehr können solche allzu feine Rücksichten nicht in Betracht kommen, vielmehr entscheiden hier die im Volke herrschenden Ansichten und Gewohnheiten. Daß die Volksansicht in der Vermittlung von Ehen durch bezahlte Unterhändler nichts Unanständiges findet, lehrt aber die tägliche Erfahrung, da solche Vermittlungen eine immer häufigere Erscheinung werden, und sich sogar als ein Bedürfniß geltend zu machen begonnen haben."

Allein gerade für den Rechtsverkehr ist der höhere sittliche Standpunkt, ist das feinere Gefühl maßgebend, nicht der Vulgarismus der Volksmeinung, der nichts anderes ist, als die Meinung des auf den realen Erfolg gerichteten Lebens. Und daß Vieles von diesem Standpunkt aus verwerflich sein kann, ohne daß Richter und Polizei dagegen einschreiten, versteht sich von selbst; es ist etwas anderes, ob etwas faktisch sein darf, und etwas anderes, ob etwas die Sanktion der Rechtsordnung findet, so daß die Rechtsordnung dazu mithilft, es zu verwirklichen.

Völlig unstichhaltig ist es ferner, wenn das A.-G. Celle vom 13. November 1877 (Seuffert's Archiv XXXIII Nr. 125) sagt: „Darin, daß Jemand thätig wird, um eine Eheschließung zwischen Anderen, also einen durchaus erlaubten Vertrag, herbeizuführen, liegt etwas moralisch Verwerfliches nicht, solange nicht zur Erreichung dieses Zwecks im einzelnen Falle, was einredeweise geltend zu machen sein würde, unerlaubte Mittel angewendet werden, und es ist auch die bloße allgemeine Betrachtung, welche der Beklagte aufstellt, daß nemlich mit den meisten durch Vermittlung eines Dritten absichtlich herbeigeführten Heirathen von dem einen Theile wesentlich ein pecuniärer Erwerb bezweckt werde, nicht geeignet, die Vermittlung einer Heirath an und für sich und schlechthin als eine unmoralische Handlungsweise darzustellen."

Es bedarf natürlich nicht der Hervorhebung, daß der Ehemakel nicht deshalb des Rechtsschutzes entbehrt, als ob die Ehe kein „durchaus erlaubter Vertrag" wäre. Eben, weil die Ehe so durchaus nicht nur erlaubt, sondern heilig und unantastbar ist, darf die Rechtsordnung keinem Vertrage seinen Schutz bieten, welcher — nicht zufällig und im einzelnen Fall —, sondern kraft seiner inneren

Digitized by Google

Natur die präsente Gefahr in sich birgt, daß sie durch widerstrebende Tendenzen überwuchert werde. Und wenn das Gericht sagt, es müsse dargethan werden, daß im einzelnen Falle unerlaubte Mittel angewendet werden, so ist zu fragen, was das Gericht unter solchen Mitteln versteht; etwa direkte Täuschungen? direkte Verheimlichungen und Entstellungen? — allein ist es nicht offensichtlich, daß die wahre Gefahr nicht in derartigen greifbaren Momenten liegt, sondern in den indirekten Einflüsterungen, in den unfaßbaren, unkontrolirbaren Einwirkungen, deren Rückschlag sich fühlbar macht, wenn die beabsichtigte Ehe mit ihrem ganzen ernsten, unlösbaren oder schwer lösbaren Charakter zur Wirklichkeit geworden ist.

Gerade darin liegt der furchtbare Ernst der Sache, daß so viele unkontrolirbare Einflüsterungen und Einwirkungen möglich sind, welche die maßgebenden Erwägungen deplaciren und trübende Elemente einmischen; und dieses bei einem Institut, welches wie kein anderes eine dauernde, alle Lebensverhältnisse aufs innigste ergreifende Lebensgemeinschaft begründet, welches die tiefste Seite des menschlichen Herzens erfaßte und welches, einmal eingegangen, nur unter ganz besonderen Umständen wieder lösbar ist. Nun kann es natürlich die Rechtsordnung nicht überkommen, alle trübenden Elemente fern zu halten, alle faktischen Einwirkungen zu verbieten und auszuschließen — das Recht kann den lebendigen Lebensverkehr nicht unterbinden, umsomehr als ja die Einwirkungen auch wieder korrigirenden, einlenkenden, versöhnenden Charakters sein können, und eine Ausscheidung der Einwirkungen nach ihrer verschiedenen Wesenheit undenkbar ist. Aber das kann die Rechtsordnung: sie kann einmal bestimmte Formkautelen verlangen, um den Brautleuten den ganzen Ernst der Lage vor Augen zu führen; sie kann sodann die Zustimmung von Personen verlangen, von welchen eine liebevolle und unbefangene Beurtheilung der Sachlage zu erwarten steht; sie kann endlich alle Verträge für unwirksam erklären, welche unvermeidlich zu solch trübenden Einflüssen führen müssen, und das ist der Ehemakel: denn der Ehemakler wird durch sein Geschäftswesen unwillkürlich zu einer einseitig geschäftlichen Auffassung und Behandlung der Sache geleitet, und das Geschäftswesen bringt es von selbst mit sich, daß der Makler auf die Brautleute oder die Eltern und Angehörigen einwirkt und sie beeinflußt, wenn auch nicht durch

Digitized by Google

direkt ungeeignete Mittel, so doch durch Zureden, Rath und Zuspruch, durch entsprechende Darstellung und Nuancirung der Verhältnisse — darin liegt die große Gefahr der Sachlage. Und mit Recht sagt Chironi in der Rivista Italiana III. p. 255, daß die Gültigkeit des Ehemakelvertrags zu folgendem Widerspruche führen würde: la legge da un lato tutela con tutta cura l'istituto del matrimonio, e dall' altro permette che si possa speculare su esso, in modo che sia valido il porre in opera tutte le arti che possono condurre ad effettuarlo.

Will die Rechtsordnung, daß der Ehe eine sachkundige, von sittlichem Geist, von idealem Gefühle durchdrungene Prüfung der Herzens- und Lebensverhältnisse vorhergeht, so kann sie einen Vertrag, welcher die präsente Gefahr in sich birgt, daß durch Suggestion im pekuniären Interesse trübende Elemente eingemischt werden, nicht als rechtsgültig und des Rechtsschutzes fähig erachten.

Und wenn das Gericht von „allgemeiner Betrachtung" über die pekuniären Tendenzen derartiger Verträge spricht, so sind es eben solche „allgemeine Betrachtungen", welche die Stellung des Vertrages im Leben bekunden und welche uns zeigen, wie der Vertrag im Leben wirkt: ob er wirklich in die Klasse der vom Rechte zu schützenden Verträge einzureihen ist oder nicht. Denn nicht der einzelne Fall, sondern die allgemeine Tendenz eines Vertrages und seine Einwirkung im Kreise der sozialen Verhältnisse giebt die Charakteristik. Was im allgemeinen Lebensverkehr dem idealen Interesse zuwider ist, das ist aus dem Kreise des Rechtes zu streichen, auch wenn der einzelne Fall eine weniger auffallende Charakteristik an sich tragen würde: stets muß die Rechtsordnung von der Fülle des Lebens, von der Gesammtbedeutung einer bestimmten Art von Geschäften im ganzen Lebensverkehr ausgehen, und darum sind die allgemeinen Betrachtungen über die Tendenz eines Geschäfts für seine Stellung im Rechtsleben entscheidend: solche allgemeine Betrachtungen sind im höchsten Maße belehrend und für die Rechtsauffassung maßgebend. Von hoher Warte aus müssen die Dinge des Lebens betrachtet werden.

Ebensowenig geht es in die Tiefe der Sache, wenn das O.-A.-G. Lübeck vom 19. Dezember 1859 (Seuffert XIV. Nr. 124) sagt, daß:

Digitized by Google

„durch die vermittelnde Thätigkeit Dritter so wenig für Diejenigen, um deren Eheschließung es sich dabei handelt, als auch für Diejenigen, deren Mitwirkung und Genehmigung zum Eheschluß erforderlich oder üblich ist, der reiflichen Erwägung und selbsteigenen Entschließung Abbruch geschieht, vielmehr allen Betheiligten die im Wesen der Ehe begründete völlige Freiheit des ehelichen Consenses verbleibt."

Allerdings, die abstrakte Freiheit der Entschließung bleibt; aber die abstrakte Freiheit der Entschließung verbleibt schließlich auch dem Mucius, wenn er seine Hand in's Feuer hält; sie verbleibt auch Demjenigen, der, von falschen Vorstellungen geleitet, etwas beschließt. Aber wesentlich ist es, ob nicht diese abstrakte freie Entschließung durch eine Suggestion beeinflußt wird, welche mit Rücksicht auf die ethische Natur des Institutes vom Rechte als bedenklich erachtet werden muß. Allerdings wird das Recht nicht einer jeden Suggestion und ungeeigneten Beeinflussung entgegentreten können; aber das kann und soll das Recht: es soll Verträge nicht unterstützen, welche kraft der menschlichen Verhältnisse solche Suggestionen nothwendig im Gefolge haben. Das zeigen noch folgende Beispiele:

Wenn A. dem B. 1000 Mark verspricht, falls er den X. veranlaßt, ein Testament zu machen oder sein Testament zu widerrufen,[14]) so könnte man ebensogut sagen:

1. das Testament und der Widerruf des Testaments sind alles erlaubte Rechtsgeschäfte;
2. wer einen Anderen zu einem solchen erlaubten Rechtsgeschäfte veranlaßt, der thut nichts Unerlaubtes, es müßte denn festgesetzt sein, daß im einzelnen Falle etwas Ungehöriges dabei vorgekommen ist.

Man könnte ferner sagen:

3. es sind nur allgemeine Erwägungen, daß in solchen Fällen erfahrungsgemäß Suggestionen angewendet werden, die dem gesunden Sinne des Institutes widersprechen.

[14]) Vgl. über diese Fälle die Vorarbeiten zu dem genannten Kassationsurtheil von 1855 in Sirey a. a. O.; auch Heinsheimer in Z. f. franz. Civilrecht III. S. 37.

Digitized by Google

Man könnte endlich aufstellen:

4. der Testator kann trotz allem mit reiflicher Ueberlegung und tiefeigenem Entschlusse handeln, es müsse mindestens nachgewiesen werden, daß im einzelnen Falle der Testator zur Uebereilung verführt worden ist.

Wie man sieht: alles dieses würde nicht den richtigen Kern treffen, daß der ganze Vertrag die stringente Gefahr der Suggestion in sich birgt und darum des Rechtsschutzes entbehren muß. Und man wird doch kaum einen Zweifel hegen, daß ein derartiger Testamentsmakel null und nichtig ist, und daß aus einem solchen Geschäft keine Klage auf Makellohn hervorgeht; und daran würde sich nichts ändern, auch wenn sich ganze Bureaux für derartige Zwecke aufthun würden.

Ebenso ist ohne Zweifel ein Makelgeschäft in der Art, daß A. seine Bemühungen anwenden soll, auf daß X. eine bestimmte staatliche oder gemeindliche Stellung oder eine bestimmte staatliche oder gewerbliche Auszeichnung bekomme, — wobei dann A. für seine erfolgreichen Bemühungen eine bestimmte Zahlung bekommen solle, — null und nichtig. Auch hier könnte man ja sagen, daß die Bemühungen des A. sich in den Grenzen des Erlaubten bewegen können, daß nicht nothwendig eine widerrechtliche Beeinflussung vorliege, daß der entscheidende Beamte natürlich nur nach freier Ueberzeugung handeln wird — mag dem sein, wie ihm wolle: ein solcher Vertrag ist auf Suggestion angelegt und darum nichtig. Davon wird noch unten S. 187 f. die Rede sein.

Dasselbe gilt mit Verträgen, worin Jemandem etwas versprochen wird, wenn er eine Reihe von Unterschriften, eine Reihe von Stimmen u. s. w. beibringt. Es kann Gegenden des Erdbodens geben, wo solches recht schwunghaft getrieben wird — wir hätten keinen Zweifel, daß ein jeder Makelvertrag in diesem Sinne null und nichtig wäre.

In allen diesen Fällen handelt es sich um Suggestionsverträge, um Verträge, welche als eine Naturale die Gefahr der Suggestion in sich bergen, welche auf ein Beeinflußung abzielen, bei welcher die Linie von der erlaubten Hervorhebung des Verdienstes bis zur unerlaubten Suggestion sehr leicht überschritten wird. Schon wenn die Beeinflussung in nichts weiterem besteht, als in einer ständigen

Digitized by Google

Mahnung, einem ständigen Zuflüstern und Zureden, führt dies zu schlimmen Resultaten; es ist schon sehr schlimm, wenn sich Jemand aus dem Grunde schlüssig macht, um vor lauter Einflüsterungen seine Ruhe zu bekommen.

Darum ist auch das Urtheil des Reichsgerichts vom 8. Mai 1885 (vergl. Blum, Urtheile und Annalen des Reichsgerichts II. S. 217) unrichtig, wenn es annimmt:

> „daß in der Vermittelung der Eheschließung zwischen zwei Personen, als in der Vermittelung eines durchaus erlaubten Vertrages, an sich etwas moralisch Verwerfliches nicht liege."

Ferner besagt das Reichsgericht:

> „daß, wenn an sich in dem Versprechen eines Freiwerberlohns und in der Annahme eines solchen Versprechens nichts Unerlaubtes liegt, das Versprechen nicht hinterher dadurch den Charakter eines pactum turpe erlangen kann, daß der Vermittelnde zur Erreichung des Zweckes sich unerlaubter Mittel bedient hat."

Soll damit der Makellohn selbst für den Fall als klagbar bezeichnet werden, daß sich der Makler irgend welcher Täuschungsmittel gegen den anderen Theil oder gegen den Mitkontrahenten bedient hat, so muß noch größerer Widerspruch erhoben werden; denn dies wäre doppelt unrichtig. Wäre auch ein Ehemakellohnversprechen an sich gültig, so wäre das Lohnversprechen für den Fall unwirksam, daß unlautere Mittel angewendet worden sind. Wenn für einen bestimmten Erfolg eine bestimmte Leistung versprochen worden ist, so ist sie nur versprochen worden für den Fall, daß die Leistung auf lautere Weise erzielt worden ist; das Versprechen einer Leistung gilt als Versprechen einer durch lautere Mittel herbeigeführten Leistung; sonst braucht der andere Theil die Leistung nicht anzunehmen, er braucht, wenn er die Leistung angenommen hat und dieselbe nicht mehr zurückgegeben werden kann, keine Gegenleistung zu geben; vorausgesetzt natürlich, daß die unlauteren Mittel den Kern der Leistungen betreffen und nicht bloß zufällig und accessorisch waren. Denn eine Leistung mit unlauteren Mitteln ist keine vertragsmäßige Leistung im Sinne eines gutgläubigen Vertrages, die Erfolgerreichung durch unlauteres Gebahren ist keine vertragsmäßige

Digitized by Google

Erfolgerreichung im Sinne der Vereinbarung, so wie sie vom Rechte allein anerkannt und berücksichtigt werden kann. Oder sollte ich Jemandem den bedungenen Preis für meine Theilnahme an einem Schauspiele zahlen, wenn es sich herausstellt, daß er das Billet gestohlen oder durch Bestechung eines Beamten erlangt hat? Sollte ich Jemandem den aufgebotenen Preis bezahlen, wenn es sich herausstellt, daß er seine Konstruktion, von deren Vorschlag ich die Belohnung abhängig machte, einem Anderen widerrechtlich entnommen hat?[15]) Oder wenn ich Jemandem einen Preis versprochen habe, falls er einen Konkurrenten überwinde, — sollte ich diesen Preis bezahlen, wenn es sich herausstellt, daß er ihn zwar überwunden hat, aber durch Täuschung, Betrug, Nöthigung, Drohung? Gewiß nicht: das Versprechen einer Gegenleistung für die Erzielung eines Erfolges ist rechtlich nur statthaft als Versprechen der Gegenleistung für einen loyal, rechtmäßig herbeigeführten Erfolg; sollte das Versprechen ausdrücklich so lauten: Du bekommst die Leistung auch für den Fall, daß Du den Erfolg durch unlautere Mittel erreichst, so ist das Versprechen insofern nichtig; es ist daher insofern nichtig, auch wenn etwa dieser Theil des Versprechens nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend gegeben wurde. Daher ist es völlig unrichtig, wenn gesagt wird, daß ein erlaubtes Versprechen nicht hinterher den Charakter eines pactum turpe erlangen könne: ein Versprechen kann unerlaubt sein, sofern es einen gewissen Fall trifft, und wenn eben dieser Fall vorliegt, darf das Versprechen nicht auf diesen Fall bezogen werden; es wäre sonst insofern ein pactum turpe.

Wäre daher das Makellohnversprechen in thesi gültig, so würde ihm nichtsdestoweniger dann ein peremtorischer Einwand entgegengehalten werden können, wenn es sich herausstellt, daß der Makler die Gegenpartei übervortheilt, getäuscht, durch arglistige Mittel hintergangen und dadurch die Eheschließung herbeigeführt hat.

Sollte aber eine Täuschung, eine Ueberrumpelung des Auftraggebers selbst vorliegen, so wäre gleichfalls der Makellohn nicht verdient, auch wenn im Uebrigen das Makelgeschäft gültig wäre. Denn

[15]) Anders wäre es, wenn er die Konstruktion selbst gefunden, sich aber dabei gestohlener Bücher oder gestohlener Werkzeuge bedient hätte; hier wäre das Verbrecherische accessorisch, es würde den Kern der Sache nicht treffen.

Digitized by Google

das in der That herbeigeführte Resultat ist nicht dasjenige Resultat, welches den Gegenstand des Versprechens bildete. Nicht die Ehe an sich, sondern eine dem wahren Wunsche entsprechende Ehe ist der Gegenstand des Makelgeschäfts, ist der Erfolg, welchen das Makelgeschäft im Auge hat. Heirathet der Ehekandidat, aber so, daß er hernach sieht, daß er düpirt ist, so kann er sich zwar nicht mehr von der Ehe loslösen — das ist gerade das Schlimme an der Sache, — aber er kann sagen, daß die Ehe nicht eine solche ist, wie sie bei dem Makelgeschäfte ins Auge gefaßt wurde, nämlich nicht eine Ehe, zu welcher er sich in freier Entschließung, sondern eine Ehe, zu welcher er sich auf Grund getrübter Anschauung der Sachlage verstanden hat. Oder sollte ich auch dann den Makellohn bezahlen, wenn ich ein echtes Gemälde ermakeln ließ und eine moderne Kopie bekomme? wenn einen echten Brillanten und wenn ich einen unechten Stein erhalte? Wer dupirt ist, hat die exceptio doli.

Wenn schließlich das Reichsgericht in dem gedachten Urtheile vom 8. Mai 1885 annimmt, daß

> „ein derartiger Mäklerlohn nicht ein Aequivalent für die von dem Vermittelnden aufgewandte Thätigkeit bildet, sondern eine von dem Umfange der letzteren unabhängige Belohnung für den vermittelten Erfolg" —

so ist zu sagen: alle Gründe, welche gegen die Rechtsgültigkeit des Ehemakelgeschäftes sprechen, sprechen mit doppeltem Gewicht, je mehr sich der Ehemakellohn von dem Charakter eines wirthschaftlichen Aequivalents für die Mühewaltung entfernt und den Charakter einer Erfolgbelohnung annimmt, die mit der aufgewendeten Mühe außer Verhältniß steht, insbesondere, wenn die Belohnung etwa in Prozentsätzen der Aussteuer festgesetzt ist. Denn da ist es ja durch die Sachlage bedingt, daß der Vermittler sich zur Beförderung der Ehe in seiner Weise ins Zeug legt, daß er die maßgebenden Personen beeinflußt, sei es auch nur durch Zurede, durch Einflüsterungen auf Freunde, Bekannte u. s. w., daß mithin eine gefährliche Suggestion stattfindet.

Wir können daher auch hier nicht umhin, den reichsgerichtlichen Gründen entgegenzutreten; sie treffen nicht den Punkt, um den es sich handelt: der Vertrag als Suggestionsvertrag mit allen Miß-

Digitized by Google

lichkeiten und Widrigkeiten eines solchen, das ist es, um was es sich handelt.

Man mag heirathen, schenken, stiften, so viel man will — das ist löblich und förderlich; aber Suggestionen zu diesem Zwecke sind nicht löblich, und solche Suggestionsverträge hat das Recht als unpassend aus der Liste der juristischen Verträge zu streichen.

Neuerdings hat nun aber das Reichsgericht 7. Januar 1890 in einer französisch-rechtlichen Sache einen anderen Standpunkt eingenommen und sich gegen den Ehemakellohn ausgesprochen. Wir werden darauf alsbald zurückkommen.

Eine ausdrückliche Bestimmung enthält das Oesterreichische Gesetzbuch (vgl. auch Entscheid. bei Riehl, bürgerliches Gesetzb. II S. 929 f.):

> §. 879. „Insbesondere sind . . . folgende Verträge ungültig: 1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;"

ebenso das Sächsische Gesetzbuch:

> §. 1259. „Das Versprechen einer Mäklergebühr für die Nachweisung einer heirathsfähigen Person oder für die Vermittelung einer Ehe ist nichtig."

Außerdem sprechen für die Ungültigkeit zwei Kurhessische V.O. v. 1804, sodann Dessauer und Köthener V.O. v. 1803. 1820[16]); für die Gültigkeit der Dresdener Entwurf a. 676.

In den deutschen Ländern des französischen Rechts ist die Praxis schwankend. Ueber badische Urtheile aus früherer Zeit vgl. Heinsheimer in der Zeitschrift für franz. Civilrecht III. S. 40 fg. Unterm 1. Mai 1878 hat der Appellationssenat Mannheim ausgesprochen (Zeitschrift für franz. Civilrecht X. S. 405):

> „Der Gerichtshof hält an seiner gegenüber Ansprüchen gleicher Art wiederholt kundgegebenen Auffassung fest, daß derartige Versprechen als gegen das Wesen der Ehe und die guten Sitten verstoßend nicht klagbar sind, und er hat auch in den hier obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen allen Grund, von dieser Praxis . . . . . nicht abzugehen."

In einer späteren Entscheidung vom 12. Juni 1882 (Zeitschrift

[16]) Motive z. Entw. e. B.G.B. II. S. 511, Heimbach, Partic. Priv. R. S. 133.

Digitized by Google

für franz. Civilrecht XIV. S. 385, 386) allerdings sagt das Ober-Landesgericht Karlsruhe:

> „Der Gerichtshof nimmt an, daß die Frage nicht nach einem allgemeinen Prinzip, sondern nach den Umständen des Falls zu entscheiden ist, und daß nicht jeder Zusage eines Makellohnes für Ehevermittlung die Klagbarkeit zu versagen ist, da die Thätigkeit zur Herbeiführung eines erlaubten Zwecks an sich nicht verboten und das Ausbedingen eines Entgelts für Dienstleistungen dieser Art an sich nicht der Sittlichkeit widersprechend sei, selbst wenn das Geschäft als Gewerbe betrieben würde, daß aber allerdings im einzelnen Falle durch die angewandten Mittel oder die besondere Art und Weise der Förderung eines Ehevorhabens oder durch die Beschaffenheit des bedungenen Lohnes Nichtigkeit eines solchen Vertrags eintreten kann."

Im vorliegenden Falle war es aber so, daß der Auftrag nicht in erster Reihe auf Ehemakel gerichtet war, sondern auf die Herbeiführung eines Käufers für das Geschäft und fürsorglich auch auf einen Bräutigam für die Tochter: für das Ganze war ein Lohn bedungen.

In einer Entscheidung desselben Oberlandesgerichts vom 19. Februar 1884 (Zeitschrift für französisches Civilrecht XVI S. 61) ist gesagt:

> „Die Frage, ob ein Vertrag, wodurch die Verbindlichkeit übernommen wird, dem Gegenkontrahenten gegen Leistung einer bestimmten Summe zu einer ehelichen Verbindung zu verhelfen, als auf unsittlicher Grundlage beruhend zu erachten, daher gemäß L.-R. S. 1131, 1133 wegen unerlaubter Vertragsursache wirkungslos, d. h. nichtig sei, bedarf hier in dieser Allgemeinheit keiner Beantwortung, da jedenfalls unter den gegebenen Verhältnissen das Ausbedingen eines Lohnes von 1000 M. oder selbst nur von 500 beziehungsweise 700 M. Seitens des Beklagten in sittlicher Beziehung nicht zu rechtfertigen ist."

Das Oberlandesgericht Köln hat unterm 30. Dezember 1885 (Zeitschrift für französisches Civilrecht XVII S. 435) angenommen, daß „eine dem Vermittler für seine Mühewaltung zugesagte Ver-

Digitized by Google

gütung die sittliche Grundlage der abzuschließenden Ehe unberührt" lasse, und daß nicht ein solches Zahlungsversprechen, „sofern nicht die Ehevermittlung, wofür es geleistet ist, durch unerlaubte oder unmoralische Mittel bewerkstelligt wird, als den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend erachtet werden" könne.

Auch in einem Urtheil desselben Oberlandesgerichts vom 7. October 1885 (Archiv für Civil- und Kriminalrecht der Rheinprovinz 76, I. S. 69, 70) wird die Annahme des Untergerichts, daß ein derartiger Vertrag gegen die guten Sitten sei, reprobirt. Aber das Gericht nimmt an, es würde, „wenn der Vermittler sich bei der Ausführung des Auftrages unerlaubter Mittel zur Erlangung des Vermittlerlohnes bedient hätte, dieser Umstand nicht geeignet sein, den an sich gültigen Vertrag selbst als einen unerlaubten zu qualifiziren, den Auftraggeber aber berechtigen, die Zahlung des Vermittlerlohnes zu verweigern."

Dies ist insofern richtig, als unter allen Umständen unerlaubte Maßnahmen, derer sich der Makler bedient hat, zur Verweigerung des Makellohnes berechtigten.

In einer neueren Sache hat das Kölner O. L.-G. vom 21. Juni 1889 den Makler abgewiesen, indem dasselbe treffend erklärt:[17])

> „Es muß daher schon jede Uebereinkunft, wodurch mittelst ausdrücklichen oder stillschweigenden Versprechens eines Vermittlerlohnes auf Einwilligung des anderen Theiles zur Eingehung der Ehe mitgewirkt werden soll, nicht nur als jenen Grundsätzen widersprechend, sondern auch als der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten zuwiderlaufend angesehen werden. Diese Auffassung erscheint namentlich dann berechtigt, wenn . . . . die Zahlung des versprochenen beziehungsweise ausbedungenen Vermittlerlohnes von dem Zustandebringen der Ehe abhängig gemacht wurde, indem alsdann die Gefahr besteht, daß der Vermittler, um den ihm versprochenen Lohn zu erlangen, zur Erreichung dieses Zwecks sich verwerflicher, die freie Willensbestimmung beeinträchtigender Mittel bedient, dem Wesen und der sittlichen

[17]) Mitgetheilt von Scherer in den Badischen Annalen Bd. 56 (1890) S. 30, 31.

Digitized by Google

Bedeutung der Ehe es aber auch widerspricht, den Abschluß derselben von fremder, durch Eigennutz und Spekulation geleiteter Beeinflussung abhängig zu machen, und das bloße Vorhandensein der Gefahr einer Beeinträchtigung der Willensbestimmung bezüglich des Abschlusses der Ehe schon für sich genügt, um den über die Ehevermittelung abgeschlossenen Vertrag als auf einem unerlaubten Grunde beruhend im Sinne der Art. 1131 und 1133 des B. G. B. für ungültig zu erklären."

Es handelte sich um einen Makelvertrag, der nicht auf die Ehe mit einer bestimmten Person abzielte, sondern auf eine Ehe überhaupt — eine besonders bedenkliche Spezies dieses Geschäfts. Daraufhin hat das R.-G. vom 7. Januar 1890 (Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen XV. S. 188, 189, mitgetheilt von Petersen) vorzüglich erklärt:

„In dieser mit der auf den Gebieten des rheinisch-französischen Rechts vorherrschenden Theorie und Rechtsprechung übereinstimmenden Auffassung kann eine Verletzung der Artikel 1131, 1133 des B. G.-B. nicht gefunden, es muß vielmehr die Gefährdung der Ehe in den angegebenen Richtungen mit Rücksicht auf deren sittliche und soziale Bedeutung umsomehr als ein ausreichender Grund dafür angesehen werden, einem solchen Vertrage die Klagbarkeit zu entziehen, als sogar die Gefährdung von bloß vermögensrechtlichen Interessen vom Gesetze für einen genügenden Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit gewisser Rechtsgeschäfte erachtet wird."

Das ist für das Gebiet des französischen Rechts; da aber die Gründe durchaus nicht spezifisch französisch-rechtliche sind, da die Artikel 1131, 1133 nur das statuiren wollen, was das gemeine Recht, was unser Kulturrecht überhaupt statuirt, so muß nun auch der höchste deutsche Gerichtshof als Vertreter der richtigen Ansicht bezeichnet werden; die richtige Ansicht ist auch bei uns zum Siege gelangt.

Ein versteckter Ehemakellohn liegt darin, daß man Jemanden nicht für die Beförderung der Ehe, aber dafür, daß er der Ehe nicht entgegentritt, eine Summe verspricht; ein solches Versprechen

Digitized by Google

ist nichtig. Vgl. das Kölner Urtheil vom 7. Februar 1872 (Z. f. franz. Civ.-R. IV. S. 260). Um so schlimmer sind derartige Verträge, wenn auf solchem Wege etwa der Widerstand von Eltern oder Vormündern überwunden werden soll.

In Italien[18]) hat sich der Appellhof Neapel am 19. Februar 1886 für die Gültigkeit des Ehemaklerversprechens erklärt; vgl. dagegen Chironi in der Rivista Italiana III. p. 254 f.

Ferner werden angeführt: Appellhof Genua vom 19. April 1853, Senat Genua vom 1. Februar 1841 und Appellhof Genua vom 4. August 1887;[19]) sodann die römische Kassationsentscheidung vom 29. April 1878.[20])

Gegen die Gültigkeit hat sich mit sehr bemerkenswerther Begründung ausgesprochen der Kassationshof Turin am 25. September 1883.[21])

Es heißt hier:[22])

> Questi (die Ehemakler) non sono dominati che da un sentimento, non hanno che uno scopo, il lucro. Il loro intento diversifica da quello dei contraenti: anzi il più spesso vi è contrario, lo che accade ogni qual volta si stipula . . . . che la mercede non sia dovuta se non alla condizione che il sensale procuri la conclusione del matrimonio Lo intento del sensale è che il matrimonio riesca ad ogni costo, perchè altrimenti perde l'opera sua . . . . . Interesse, invece ed intento dei contraenti è che si concludano quei soli matrimoni nei quali l'affezione reciproca, la concordia degli animi o la conformità delle idee, dei pensieri e dei sentimenti sieno garanzia della felicità domestica . . . .[23])

[18]) Vgl. zum Folgenden die Schrift von Nuti, nella causa civile di prossenetico matrimoniale che si agita al tribunale di Pisa (Pisa 1890). Auch Scherer in den Badischen Annalen Bd. 56 S. 29.

[19]) Bei Greco im Archivio giuridico XLV. p. 143.

[20]) Bei Nuti p. 47.

[21]) Bei Nuti p. 49 fg. nach den Annali italiani XVII. 1, 521 fg.

[22]) Nuti p. 51.

[23]) Ueber die italienische Literatur vgl. die Allegate von Nuti p. 44 fg. Dazu Chironi a. a. O.

Digitized by Google

Besonders interessant ist endlich das Züricher Urtheil vom 8. Dezember 1888 (Z. f. Schweiz. Recht, N. F. VIII., Revue der Gerichtspraxis VII. S. 60), wornach der Ehemakel dann als etwas Unsittliches bezeichnet wird, wenn die Ehe lediglich des Geldinteresses wegen abgeschlossen wird und dies dem Vermittler bekannt ist (auch allegirt im Arch. f. bürgerl. Recht II. S. 243).

So weit die Jurisprudenz. Ist eine besondere gesetzliche Bestimmung über den Ehemakel wünschenswerth? Erforderlich ist sie nicht; es genügen die Bestimmungen über die Geschäfte gegen die Sitte und Ordnung. Allerdings, die Bemerkungen der Motive des Bürgerl. Gesetzb. II. S. 511, 512 sind nicht völlig zutreffend.

Eins ist noch hervorzuheben. Kein Zweifel, durch die juristische Nichtigkeitserklärung wird das Ehemakelinstitut nicht aus der Welt geschafft. Ehemakler werden nach wie vor bestehen, sie werden sich nur eben durch Vorauszahlung des Makellohnes u. a. sicherstellen. Allein dies verschlägt in unserer Frage nichts. Das jedenfalls muß gewahrt werden, daß das Recht sich von derartigen Abmachungen fern hält, daß sie im Rechte keine Stütze finden; daß man nicht sagen kann: solche Geschäfte sind ja gültig, sie finden den Rechtsschutz, sie finden die Mitwirkung der Gerichte! Eine solche Mitwirkung hat — darüber darf man sich nicht täuschen — eine ungeheure moralische Kraft; das ist erfreulich, es ist erfreulich, daß das Recht ein solches Ansehen genießt, das ein Jeder sich geborgen fühlt, wenn er unter seine Fittige sich geflüchtet hat. Aber eben darum muß das Recht nicht vom vulgären, sondern von einem idealen Standpunkt ausgehen. Ich glaube an einen unverwüstlichen Idealismus in der Menschheit, ich glaube trotz allem, daß er nicht im Abnehmen, sondern im Zunehmen begriffen ist; ich glaube, daß wir einer ständigen sittlichen Verfeinerung zustreben[24]) — die Rechtsgeschichte lehrt dies; in dieser idealen Lebensführung aber spielt das Recht eine Hauptrolle, daher die Aufgabe des Rechts, die Ideale hoch zu halten.

[24]) Vgl. auch Pulszky, Theory of Law and Civil Society (London 1888) p. 391: as appears from the whole process of their development, the notions of morality as well of law and right are highly composite, and become more and more so, the higher the order of the civilization may be determined to be, and, consequently, the higher the order of the society is, to which they relate.

Digitized by Google

§. 4.

Nach dem Gesagten kann kein Zweifel bestehen, daß auch Makelverträge in der Art, daß Jemand gegen Belohnung seine Hülfe verspricht, um eine Stellung, eine Würde, eine Auszeichnung zu erlangen, oder um bei öffentlich vergebenen Arbeiten berücksichtigt zu werden, nichtig ist.

Das römische Recht kann auch hier für uns nicht maßgebend sein, insbesondere nicht Ulpian's Ausspruch, wenn in fr. 3 de proxen. von demjenigen die Rede ist, welcher condicionis vel amicitiae vel adsessurae vel cujus alterius hujusce modi proxeneta fuit: veränderte Lebensverhältnisse, veränderte Sittlichkeitsanschauungen.

Entsprechend hat auch in unserem Sinn bereits das Pariser Parlament am 23. März 1601 entschieden, es hat erklärt, daß hier der Satz gelte: non soluti non datur actio, nec soluti condictio; bei Mornacius, Recueil d'arrests du Parlement de Paris II no. 19.

Ebenso spricht sich über diese Verträge aus der Appellhof Colmar am 25. Juni 1834 (Sirey 34 II 662): qu'en admettant le prix des sollicitations et de l'emploi du crédit pour obtenir la nomination aux places, on établit un nouveau genre de vénalité plus désastreux et tout-à-fait immoral; les chefs des différentes parties du gouvernement seront en butte aux obsessions et aux déceptions de la cupidité et de l'intrigue; ils ne pourront plus obtenir de renseignements vrais; le monopole des fonctions sera envahi par des hommes d'affaires et des intrigans.[25])

Ebenso besagt in einem Falle, wo es sich um öffentliche Arbeiten und um die Vergebung derselben handelt, der Appellhof Paris vom 19. April 1858 (Sirey 58 II. p. 367):

Que la justice ne saurait, en effet, admettre et consacrer comme régulier et légitime, comme pouvant faire l'objet d'une stipulation, et donner lieu à une action, un mode de concours qui tendrait à introduire au sein de l'administration des abus que les règlements dont elle exige rigoureusement l'observation ont pour objet de prévenir. Aehnlich amerik. Entsch. bei Myer VIII. §. 544 f.

Und so hat auch neuerdings das Seinetribunal vom 15. November 1887 entschieden (Journal du droit intern. privé XV p. 389. 390).

[25]) Vgl. auch Demolombe XXIV. no. 378; Myer VIII. §. 523, 552.

Digitized by Google

Es war ein Vertrag abgeschlossen worden, daß Jemand 3500 Frcs. bezahlte, wofür ihm ein auswärtiger Orden zu Theil werden solle. Das Gericht hat mit Recht entschieden: une pareille convention doit être considérée comme contraire à la morale publique; que dès lors, la cause de l'engagement ..... est illicite, dans les termes de l'article 1133 du Code civil, et qu'aucun Tribunal ne saurait donner de sanction à un contrat de cette nature.

Dies würde auch dann gelten, wenn der Vertrag lediglich besagen würde, der eine Theil solle seine Dienste aufwenden, auf daß der andere eine Auszeichnung bekomme und daß im Falle dieser Auszeichnung die Makelgebühr bezahlt werden solle. Alles das sind Verträge, welche dazu führen, daß bald direkt ungesetzliche Maßnahmen geübt werden, bald Suggestionen, Einflüsterungen, gefärbte Berichte und Darstellungen stattfinden, und daß so die Auszeichnung gegen Sinn und Bedeutung der Institutionen erschlichen wird.

Und daß dies auch von den ausländischen Auszeichnungen irgend welcher Art gilt, versteht sich von selbst.

Vollständig unzulässig muß es darum auch sein, daß sich Jemand indirekt den Weg bahnt zu einem staatlichen Posten dadurch, daß er den bisherigen Träger des Postens — etwa durch eine Leibrente — auskauft. Dies würde es mit sich bringen, daß Personen, die zahlen können, in öffentliche Aemter gelangen, diejenigen, die nicht zahlen können, nicht; es würde dies zu einem indirekten Stellenkaufe führen, und dieser ist verpönt. So auch, nach einigen Schwankungen, die konstante französische Praxis. Vergl. insbesondere Appelhof Montpellier vom 17. Dezember 1849 (Sirey 50 II p. 216.[26])

Hierher gehört auch eine Entscheidung des Obergerichts Thurgau vom 24. März 1890 (Z. f. Schweiz. Recht XXXI, Revue der Gerichtspraxis VIII Nr. 100). Kläger behauptete: als er noch Zolleinnehmer war, habe ihm der Eigenthümer eines Hauses bei der Rheinbrücke gesagt, sein Haus sei um den reduzirten Preis von 14 000 Frcs. verkäuflich; derselbe habe ihm 10% als Provision versprochen, falls er dies der Zolldirektion anzeige; er habe solche Zusage angenommen, jedoch mit dem Vorbehalt, daß er sich auf diese

[26]) Vgl. Troplong, Vente I. no. 220, Demolombe XXIV. no. 337 So auch das amerikanische Recht, Myer, Federal decisions VIII. §. 552.

Digitized by Google

Mittheilung beschränken werde; entsprechend habe er auch die Mittheilung gemacht.

Das Gericht erwog, daß zwar die Vereinbarung einer unverhältnißmäßig hohen Provision an sich noch keinen widerrechtlichen, noch unsittlichen Vertragsinhalt bewirke; es ließ dahingestellt, ob der Kläger als Zollangestellter verpflichtet gewesen sei, diese Anzeige zu machen; aber so viel stehe nach der eigenen Darstellung des Appellanten außer Zweifel, daß er durch das angebliche Provisionsversprechen sich bestimmen ließ, „von sich aus, d. h. in seiner Eigenschaft als Zollangestellter der Zolldirektion die Angabe des reduzirten Kaufpreises zu vermitteln, wobei er offenbar von der Ueberlegung ausging, daß einer auf dienstlichem Wege erstatteten Meldung mehr Gewicht beigelegt werde, als einer Seitens eines Privaten gemachten Mittheilung."

Mit Recht: hat der Zollangestellte auch etwas gethan, was er zu thun kraft der Amtspflicht nicht schuldig war, so hat er es doch gethan innerhalb seines Dienstes, und alles, was der Beamte innerhalb seines Dienstes thut und was darum mit der Autorität und der Wirksamkeit dienstlicher Thätigkeit verbunden ist, hat der Beamte unter freier gewissenhafter Erwägung der Sachlage zu thun; woraus von selbst folgt, daß alle Verträge, welche dahin abzielen, daß ein Beamter seine Dienstbehörde dienstlich beeinflusse, — und wenn dies auch in versteckter Art geschieht, wenn auch die Beeinflussungen sich ganz innerhalb des äußerlich Korrekten halten sollen, — null und nichtig sind.

Man vergleiche auch noch die Entscheidung des Appellhofs Paris vom 9. April 1825 und die des Kassationshofs vom 20. Mai 1828, (Sirey 28 I p. 348 und Demolombe 34 no. 378.[27])

---

[27]) Man hat für einen Fall eine Ausnahme statuiren wollen. Man dachte sich einen fremden Staat, in welchem noch so heillose Zustände wären, daß man sein Recht nur mittelst Bestechung bekommen könne, um den gleichfalls bestechenden Gegner zu überwinden: eine Art Nothstand des Rechts! Vgl. Larombière, Traité des obligat. ad a. 1133 no. 44. Es müßte starker Nothstand herrschen, bis unser Recht sich zur Anerkennung eines solchen Schrittes verstehen könnte. Der fremde Beamte würde jedenfalls mit seiner Lohnforderung abgewiesen und es könnte sich nur um Ansprüche eines Dritten handeln, welcher dafür Geld vorgeschossen hat.

Digitized by Google

Eine indirekte Art der Beeinflussung eines Beamten liegt auch darin, daß man ihm gegen die Folgen seiner Dienstübertretung Garantie verspricht; dies ist nichts anderes als ein indirektes Lohnversprechen für eine Dienstwidrigkeit, und daher nichtig. Vgl. Landgericht Colmar vom 11. Dezember 1875, Zeitschr. f. franz. Civilrecht VII S. 279.[28])

Unzweifelhaft ungültig ist auch ein Vertrag, welcher zum Zweck hat, durch Geld auf öffentliche Wahlen einzuwirken: nicht etwa blos eine Wahlbestechung, ein Stimmenkauf; ungültig wäre auch eine Vereinbarung zwischen zwei politischen Parteien, wornach gegen eine bestimmte Summe (die etwa in den Wahlfonds zu zahlen wäre) auf eine Kandidatur verzichtet werden solle.

Wie aber, wenn Jemand sich dafür Geld versprechen läßt, daß er im Interesse gewisser Betheiligter für einen Gesetzesentwurf agitirt? Wird eine Belohnung dafür versprochen, daß der Betreffende lediglich die Interessen der Betheiligten in einer Denkschrift zum Ausdruck bringt, so ist dies natürlich vollkommen korrekt und untadelhaft. Wie aber, wenn die Agitation weiter gehen soll, zu einer Beeinflussung der betreffenden Kreise, zu einer Suggestion gegenüber den Abgeordneten, zu Ueberrumpelungen und Zwischenspielen, welche auf die Abstimmung Einfluß haben sollen? Es muß nun zwar gesagt werden, daß derartige Agitationen in unserem parlamentarischen Leben stattfinden und immer stattfinden werden, solange die Menschen Menschen sind; es kann auch nicht gesagt werden, daß solche Agitationen an sich als unerlaubt zu betrachten sind, sofern sie nur mit sonst erlaubten Mitteln wirken; insbesondere ist eine Agitation häufig als Gegenagitation eine Korrektur einer von anderer Seite aus geübten Thätigkeit.

Nichtsdestoweniger muß ein Vertrag, eine solche Agitation zu entfalten, als nichtig erklärt werden. Wenn das Recht die Suggestion in parlamentarischen Sachen auch nicht verbietet, so darf es doch nicht selbst Hand anlegen, die Suggestion zu unterstützen, namentlich wenn es sich handelt um eine Agitation zu einseitigen

[28]) Dies natürlich, sofern eine Verantwortlichkeit des Beamten vorhanden ist, was dem gegenüber verneint werden muß, der bewußtermaßen an dieser unkorrekten Handlungsweise Theil genommen hat. Vgl. die a. a. O. S. 278, 279 citirten französischen Urtheile.

Digitized by Google

Zwecken, z. B. um eine Agitation für eine lex specialis oder für bestimmte Artikel in einem Steuergesetz. Die Rechtsordnung muß davon ausgehen, daß nur ein sachgemäßes, objektives, aus der vorurtheilslosen Beobachtung hervorgehendes Resultat der Abstimmung korrekt ist, und daß daher alle diejenigen Mittel, welche mehr oder minder auf Suggestion, auf Benutzung der menschlichen Schwäche abzielen, nicht gutgeheißen werden können. Es ist ebenso, wie etwa auch ein Vertrag nichtig wäre, worin Jemand verspräche, außergerichtlich einen Richter zu beeinflussen, auf daß er nach der einen oder anderen Seite hin sein Urtheil abgeben solle.

Das Gesagte gilt mit besonderer Schärfe dann, wenn der Vertrag den Charakter eines Makelvertrages annimmt, wenn eine Belohnung für den Fall versprochen wird, daß das Gesetz zu Stande kommt, daß es zu Stande kommt mit bestimmten Klauseln und Satzungen: denn das ist ein schlimmer Anreiz zu allen möglichen Umtrieben und Suggestionen.

In einem Falle eines solchen Agitationsvertrages haben denn auch die österreichischen Gerichte erster und zweiter Instanz die Klage abgewiesen. Der oberste Gerichtshof allerdings hat am 17. September 1890 (Geller, Centralblatt für die juristische Praxis VIII. S. 693, 694) eine solche Klage für statthaft erklärt. Die Gründe sind aber ebenso wenig überzeugend, als die für die Gültigkeit des Ehemakel vorgebrachten Gründe. Es ist gesagt:

> „Die Beeinflussung der öffentlichen Meinung oder einflußreicher Persönlichkeiten durch gesetzlich erlaubte Mittel — wenn sie auch im Interesse einzelner Persönlichkeiten oder Interessentengruppen geschehen sollte — ist durch die von den unteren Instanzen bezogenen gesetzlichen Vorschriften nicht als unerlaubt dargethan. Selbst wenn diese Beeinflussung den ausgesprochenen Zweck hätte, das eigene Interesse ohne alle Rücksicht auf andere Interessentengruppen zu wahren, könnte sie allenfalls vom sittlichen Standpunkte aus als verwerflich, niemals aber unerlaubt erscheinen, so lange die Mittel, deren sie sich bedient, auf gesetzlichem Boden verharren."

Vortrefflich ist dagegen die Nichtigkeit eines solchen Vertrages von amerikanischen Gerichten ausgesprochen worden, Myer, Federal Decisions VIII. §. 522, 556 p. 229: courts of justice can give no

Digitized by Google

countenance to the use of means which may subject them (den Gesetzgeber) to be misled . . . .

Hiermit kann eine andere Frage in Beziehung gesetzt werden. Das Gesetz gestattet in bestimmten Fällen dem Zeugen, das Zeugniß zu verweigern. Ist nun ein Versprechen gültig, wornach der Zeuge eine Summe erhalten soll, falls er von dem Rechte der Zeugnißweigerung Gebrauch macht, oder falls nicht? Sicher nicht; denn daß Jemand Zeugniß giebt oder nicht, soll von sachlichen Erwägungen, auch von Erwägungen der persönlichen Betheiligung abhängen, es soll im pflichtgemäßen Ermessen des Zeugen stehen, ob er in der einen oder anderen Richtung handeln, ob er etwa sich dem Freunde zu Liebe kompromittiren oder ob er der Wahrheit zur Ehre die Familieninteressen bei Seite setzen solle. Aber das ist nicht das Einzige. Die Beeinflussung des Zeugen, daß er aussagen solle, geht gar zu leicht über in eine Beeinflussung, daß er nach bestimmter Richtung hin aussagen solle; der Auftrag, Zeugenangaben zu machen, wird, wenn mit Geld und Gut begleitet, unwillkürlich als Auftrag, die Aussage zu Gunsten des Schenkenden zu gestalten, aufgefaßt: unmerklich geht das Eine in das Andere über; und wenn der Zeuge auch nicht gleich sich veranlaßt sehen wird, positiv falsche Angaben zu machen, so wird doch derartiges unwillkürlich auf ihn einwirken, auf daß er mindestens die Aussage zu Gunsten des Schenkers etwas färbe und nuancire: nicht blos das absolut Richtige oder Unrichtige, auch die Färbung der Aussage kommt in Betracht. Auch derartige Verträge werden nothwendig zu Suggestionsverträgen, und diese sind dem Rechte zuwider. Zutreffend hat in dieser Richtung auch das Oberlandesgericht Rostock vom 25. März 1885 (Seuffert Arch. Bd. 42 Nr. 290) entschieden. Noch mehr ist nichtig ein Vertrag, daß ein Zeuge sich entfernen soll, damit er nicht zu laden ist, Myer §. 573.

Daher würde auch ein Vertrag, dahin gehend, daß Jemand einen Zeugen bestimmen solle, Aussagen zu machen, und daß dieser Makler eine Belohnung erhalten solle, null und nichtig. Auch hier würde das Makelgeschäft zur Suggestion führen, und alle Beförderungen der Suggestion sind zu abzuweisen.

Auch ein Vertrag mit einer Persönlichkeit, welche kompromittirende Geheimnisse kennt oder kompromittirende Urkunden besitzt, daß sie schweigen soll gegen eine Gegenleistung, ist von keiner Seite er-

Digitized by Google

zwingbar. Solche Abmachungen kommen im Leben vor, sie sind nicht immer tadelnswerth — im Gegentheil, es können gesunde Interessen dabei betheiligt sein; allein die Rechtsordnung hat keinen Beruf ihre Hülfe zu bieten, wo ein Verbergen, Verheimlichen, Vertuschen in Frage steht. Es können ja (man denke an die Abmachung mit Timm in Spielhagens Problematischen Naturen) wesentliche Interessen Dritter hierbei in Frage stehen, zu deren Verletzung die Rechtsordnung ihre Hand nicht geben darf. Vgl. Myer VIII. §. 552.

Daß ein Vertrag mit einem Claqueur, wornach er bezahlt werden soll, wenn er für Beifall sorgt, nichtig ist, versteht sich von selbst. Wer das Treiben einer bezahlten Claque kennt, wird keinen Zweifel hegen, daß das Recht nicht in diese Niederungen hinabsteigen darf. Kann man die Claqueure nicht ausrotten, ist mancher Schauspieler und mancher Sänger durch die Umstände genöthigt, die Claqueure zu bezahlen, so ist solches mißlich und beklagenswerth: einen Rechtsanspruch auf Claqueurlohn, auf Succès-makel zu geben, wäre horrend.

Die Beifallsbezeugung soll eine Aeußerung des ästhetischen Wohlgefallens oder auch eine Aeußerung des persönlichen Wohlwollens, nicht einer bezahlten Gymnastik sein, auch keiner Gymnastik, welche sich bezahlen läßt, auf daß das Stück überhaupt passiren kann. Noch unwürdiger wäre es, wenn für den Fall der Nichtzahlung das Scheitern des Stückes in Aussicht gestellt würde. Verträge mit Personen, welche Beifall oder Scheitern eines Kunstwerkes bewirken, gehören nicht vor das Recht. So auch Seinetribunal vom 31. August 1838, Appelhof Paris vom 3. Juni 1839 (bei Dalloz, Répert. Alphab. v. Oblig. no. 638).

Ebenso hat bezüglich eines Vertrages mit derartigen Beifallspersonen der Appellhof Paris am 8. August 1853 (Dalloz, Rec. Pér. 53 V. p. 450. 451) entschieden, daß ein solcher Vertrag nicht eingeklagt, aber auch das Gezahlte nicht zurückgefordert werden könne:

La loi ne permettant point aux parties qui ont fait, en connaissance de cause, des stipulations contraires à la morale et à l'ordre public, d'alléguer leur turpitude devant les tribunaux, la justice ne peut être saisie des débats qui dérivent de l'exécution ou de la résolution des stipulations de ce genre; que, si des

Digitized by Google

sommes ont été payées, elles deviennent la propriété du possesseur, quelque honteux que soit un pareil lucre.

§. 5.

Ein weiterer Satz ist folgender: Die Rechtsordnung muß davon ausgehen, daß der Beamte in jeder seiner Funktionen völlig integer ist, sie muß einen jeden Schein vermeiden, als ob sie irgendwie etwas in dieser Richtung inkorrektes mit conniventem Stillschweigen betrachtete. Der Fall, den ich hier im Auge habe, ist folgender: A. hat einen niedrigen Civil- oder Militärbeamten erschossen, die Hinterbliebenen verlangen Schadenersatz. Dürfen nun die Hinterbliebenen sagen: der Beamte hätte, wenn er länger gelebt, nicht nur seinen Gehalt und seine regelmäßigen Dienstemolumente bezogen: es sei Sitte gewesen, daß das Publikum ihm für Dienstobliegenheiten Geschenke gegeben habe, auch für Nichtdienstobliegenheiten, d. h. für Freundlichkeiten und Nachsichten, welche gegen seine Pflicht verstießen. Darf in einem solchen Fall die Entschädigung auch derartige Dinge mitergreifen? Nein, und dreimal nein; die Rechtsordnung kann nicht sagen, daß in der Entziehung des Lebens auch eine Rechtswidrigkeit in dem Sinne gelegen sei, daß dadurch der Getödtete zu weiterem derartigem Verdienst unfähig geworden ist. Und dies muß auch gelten, wenn solche Dinge nichts Auffälliges, wenn sie in diesen Kreisen sehr häufig waren: das Recht kennt hier keine Vermittlung und Abfindung, es darf derartiges ebenso wenig in die Entschädigung aufnehmen, als etwa den Erwerb eines Schmugglers oder eines Diebes. Mag dies auch hart erscheinen gegen die Hinterbliebenen, mag man sagen, der Mörder verdiene die strengste Beurtheilung: alles dies darf die Rechtsordnung nicht veranlassen, ihre Ideale aufzugeben. Wäre es anders, würden die Gerichte solchem Treiben auch nur in der indirekten Weise stattgeben, daß sie den Entschädigungsanspruch für begründet erklärten, — man würde sich darauf berufen und es würde eine der Säulen stürzen, an der sich die ideale Auffassung noch hält.

§. 6.

Ebenso verhält es sich mit anderen Beziehungen. Die Behandlungsweise der sogen. Freudenhäuser von Seiten des Rechts muß immer eine solche sein, daß die Rechtsordnung alle Geschäfte, welche

Digitized by Google

sich darauf beziehen, von sich ablehnt und als des Rechtsschutzes unwürdig erklärt. Die Miethe, der Verkauf eines Freudenhauses, eine Gesellschaft zum Betrieb eines solchen, eine Gesellschaft zum Betriebe eines Weinhauses, welches damit in Verbindung steht — alle diese Dinge sind des Rechtes baar; solche Dinge darf die Rechtsordnung nicht als auf dem Niveau des Rechts stehend behandeln. Jede Klage, jede Einrede aus einem solchen Geschäft ist schlankweg abzuweisen. Damit ist nicht gesagt, daß das durch solche Geschäfte erworbene Eigenthum oder der auf solche Weise erworbene Besitz schutzlos sei: Eigenthum und Besitz, mögen sie erworben sein, wie sie wollen, liegen auf neutralem Boden; sie sind Rechte gegen das ganze Publikum, sie bestehen nicht etwa zwischen den Personen, welche bei dem Geschäfte betheiligt sind. Was aber die obligatorischen Beziehungen zwischen den betheiligten Personen betrifft, so gilt der Satz: rechtliche Obligationen entstehen nicht, was zwischen ihnen vorgegangen ist, ist rechtlich haltlos.

Daß die Menschheit ihre Leidenschaften hat, welche auf solchen Gebieten sich auslassen, ist wahr; man muß mit den menschlichen Schwächen einige Nachsicht haben; ein zu strenges Einschreiten der Polizeibehörde befürworten wir nicht, noch weniger befürworten wir die Fortdauer unserer Zustände, welche sich aus dem §. 180 R.-Str.-G.-B. und aus der Unmöglichkeit der Ausnahmen von diesem Gesetzessatze ergeben. Aber die Stellung der Polizeibehörde und die Stellung des Rechts, soweit es Rechtsverhältnisse anzuerkennen oder nicht anzuerkennen hat, ist eine andere. Die Polizeibehörde hat es mit der faktischen Existenz der Zustände zu thun, bei dem Rechte aber handelt es sich darum, ob gewisse Dinge mit der Würde und der Macht des Rechts bekleidet werden sollen.

Niedrige Gewerbe hat es zu allen Zeiten gegeben, zu allen Zeiten hat es Personen gegeben, die ihrer Beschäftigung halber einen niedrigen Stand in der Gesellschaft eingenommen haben; darum hören sie nicht auf geduldet zu sein — aber Duldung und rechtliche Anerkennung ihrer charakteristischen Funktionen ist zweierlei.

Daß der Verkauf von Bordellen und Spielhäusern nichtig ist, versteht sich von selbst, vgl. die Entscheidungen, die ich im Arch. f. bürgerl. Recht I. S. 359, II. S. 243 allegirt habe; und ebenso ein

Digitized by Google

Gesellschaftsvertrag zu diesem Betriebe vgl. ib. IV. 178[29]); ebenso ein derartiger Miethvertrag, L.-G. Mannheim vom 3. Juli 1886, Bad. Annalen 53 S. 359. Derartige Geschäfte sind nichtig: kein Theil kann auf Erfüllung klagen; sind sie freiwillig erfüllt worden, dann bleiben sie erfüllt: Eigenthum und Besitz bleibt übertragen; keine Partei kann kraft obligatorischer Beziehungen einen Anspruch geltend machen, den Stand der Sache zu ihren Gunsten zu ändern, sei es den Besitzstand, sei es den Stand des Eigenthums; denn daß das Eigenthum als solches auch in dieser Sphäre anerkannt wird, ist bereits oben bemerkt worden.[30])

Noch mehr ist es klar, daß ein Anspruch der Dirne auf Bezahlung des Dirnenlohnes keine juristische Geltung hat, und dies ist natürlich auch da der Fall, wo es konzessirte Dirnen giebt, so daß ihr Gewerbe als nicht verpönt gilt und unter Kontrole steht. Seltsam motivirt hier Ulpian in fr. 4 §. 3 de cond. ob turp. causam: quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix — eine lautere Subtilität; denn das Gewerbe der Dirne und insbesondere ihre Geldannahme bleibt ein schimpfliches, auch wenn sie unter Kontrole steht und konzessionirt ist. Vgl. auch amerik. Entsch. bei Myer §. 642.

Wie hier der Civilrechtsschutz zerbrechen muß, so auch der Strafrechtsschutz. Es kann nicht als Betrug betrachtet werden, wenn Jemand eine Dirne um den ausgemachten Lohn prellt, und wenn er ihr etwa werthlose Sachen statt des Geldes geben würde.[31])

[29]) Vgl. auch noch die Citate in Z. f. franz. Civ.-R. XX. S. 7 f.

[30]) Ein anderes wäre es, wenn das Haus in der ausgesprochenen Absicht gekauft würde, das Bordell aufzuheben. Das müßte aus den Umständen des Falles erhellen.

[31]) Dagegen würde allerdings eine Münzfälschung vorliegen, wenn Jemand die Dirne mit falschem Gelde bezahlte; denn die Münzfälschung ist ein Delikt gegen die ganze Verkehrsveranstaltung, gegen das Geldinstitut als solches, und eine derartige Zahlung involvirt eine Schädigung für den ganzen Verkehr, da solche falsche Münzen von der Kassette der Dirne ihren Weg in das weite Publikum finden können. Ebenso wäre es Diebstahl, wenn Jemand das Geld, das er der Dirne zur Zahlung gegeben, selbst wieder wegnehmen würde. Denn trotz des turpiter dare und accipere geht Eigenthum über, und das Eigenthum ist, wie bemerkt, auch in dieser Sphäre geschützt.

Digitized by Google

Hier könnte man allerdings sagen, es ergebe sich solches schon daraus, daß die Dirne keine Forderung habe, mithin auch nicht durch Scheinzahlung in ihrem Vermögen beschädigt werde. Aber der Fall kann komplizirter liegen. Es kann der Fall vorkommen, daß eine Dirne ihre „Ansprüche" gegen baares Geld an einen Anderen abgiebt, daß sie dabei angebliche Pfandstücke des betreffenden „Schuldners" mit übergiebt; es kann ebenso der Fall vorkommen, daß ein Kuppler seine Ansprüche gegen eine Dirne, welche er als Dirne unterhalten hat, an einen anderen Kuppler cedirt und ihm dabei Pfandstücke giebt, die sich hinterher als werthlos erweisen, während ihnen der Schein eines hohen Werthes beigelegt war. Hier könnte man daran denken, daß jedenfalls baares Geld gegeben worden ist, daß es gegeben worden ist unter Vorspiegelungen, welche eine gewisse faktische Garantie für die Erlangung der cedirten Summe darstellten, und daß es als ein Vermögensverlust betrachtet werden könne, wenn Jemand um die faktischen Umstände, welche ihm die Erlangung des Geldes gewährleisteten, betrogen werde. Aber mit Recht hat das Reichsgericht (Entsch. in Strafsachen vom 27. April 1889 XIX. S. 186 f.) auch hier den Betrugsbegriff als unanwendbar erklärt. Denn eben die faktischen Umstände, um die es sich handelt, das Geldversprechen an die Dirne, das Kostgeldversprechen der Dirne, die Verpfändung von Gegenständen für diese „Schulden", alle diese Umstände sind nichts anderes, als Aeußerungen eines unsittlichen und darum vom Recht perhorrescirten Lebens, und solche Lebensäußerungen, auch wenn concretisirt, auch wenn in einer Person vereinigt und darum dieser Person eine gewisse Anwartschaft auf Geld bietend, bleiben unsittlich, selbst wenn sie in den Handel gebracht werden; sie bleiben unsittlich und das Recht darf sie nicht als geldwerthe Handelsgegenstände, es darf sie nicht als erwerbbare Vermögensgegenstände betrachten. Wer für derartige Dinge sein Geld ausgiebt, wird vom Rechte behandelt, wie Einer, der absichtlich sein Geld für ein Nichts ausgiebt — ja noch schlimmer, denn er giebt sein Geld indirekt zur Unzuchtsbeförderung, weil die Möglichkeit des Handels, der handelsmäßigen Uebertragung, die Werthe, daher auch die unsittlichen Werthe, steigern würde.

Daß in gleicher Weise die Verhältnisse zwischen der Maitresse und ihrem Geliebten nicht als sittliche zu bezeichnen sind, versteht

Digitized by Google

sich von selbst; und jedes Geldversprechen, welches der Maitresse gegeben wird, sei es zur Belohnung für ihr seitheriges Zuleben, sei es, um sie zum weiteren Zusammenleben zu veranlassen, ist null und nichtig. Hierbei muß allerdings eines berücksichtigt werden. Wer einer verführten Frauensperson ein Geldversprechen macht, kann dieses Versprechen machen in der Art, um hierdurch das an ihr begangene Unrecht zu sühnen und ihr eine Existenz zu verschaffen an Stelle des normalen Lebensganges, den er unterbrochen oder geknickt hat. Ein solches Versprechen ist nicht unsittlich, sondern im höchsten Maße sittlich, es ist insbesondere auch im französischen Rechte als vollgültig anzunehmen, obgleich hier lebhafter Streit besteht,[32]) vorausgesetzt natürlich, daß das Geld nicht zugleich eine Anregung zur Fortsetzung des Verhältnisses bieten soll.

Ganz anders verhält es sich mit einer Maitresse, welche Jemand für sich hält, wie sie sich von Anderen halten ließ: wer einer solchen Maitresse ein Versprechen macht, sei es, um sie für die Zukunft sich zu erhalten, sei es, um sie für die Vergangenheit zu belohnen, giebt ein ungültiges Versprechen. Vgl. auch Kassationshof vom 26. März 1860 (Sirey 60 I. p. 323), Appellhof Caen vom 2. Juli 1872 (Sirey 73 II. p. 145) und Kassationshof vom 23. Juni 1887 (citirt Archiv II. S. 243 aus Dalloz 89 I. p. 36); Badisches Oberhofgericht vom 14. Juli 1874 (Bad. Annalen B. 40 S. 261, 263.)

Allerdings hat man den altfranzösischen Satz: don de concubin à concubine ne vaut nicht in den Code civil aufgenommen mit Rücksicht auf die häßlichen Nachreden, welche sich an einen Verstorbenen und sein Testament knüpfen können. Allein damit ist nur gesagt, daß die spezielle Beziehung zweier Personen an sich noch nicht die Schenkung ungültig macht, sondern nur der Umstand, daß die Belohnung für unsittliche Dienste die einzige oder die vorwiegende causa donationis gewesen ist; das ist aber durchaus nicht immer der Fall. Vielleicht hat die Person den Schenker in seiner Krankheit gepflegt, vielleicht ihm in Noth und Verlassenheit Unter-

[32]) Vgl. meinen Aufsatz in Iherings Jahrb. XXV. S. 286 fg. und die hier citirten. Vgl. auch Cattaneo e Borda, Codice civile Italiano ad a. 1122 Note 10 (II. p. 834); ferner Appellhof Rennes, 24. August 1816, Poitiers, 7. Juli 1825, bei Dalloz, Jurisprud. génér. v. Obligation no. 635.

Digitized by Google

stützung und Hülfe gebracht. Man darf nicht annehmen, daß die inkorrekte Seite des Verhältnisses hier stets die ausschlaggebende und bestimmende gewesen ist.

Innerhalb dieser Beschränkungen aber muß gesagt werden, daß das Versprechen an eine Maitresse für vergangene oder künftige unsittliche Dienste nichtig ist. Entsprechend ist es daher auch kein Betrug, wenn Jemand von der Maitresse dupirt wird und ihr auf Vorspiegelungen hin Geld giebt, etwa weil sie Verluste erlitten oder weil sie Eltern zu ernähren oder weil sie sonstigen Bedarf habe. Allerdings ist es auch Betrug, wenn sich Jemand durch Vorspiegelungen eine Schenkung erschleicht: aber das, was hier gegeben wird, ist keine Schenkung, sondern ein Sündengeld, um die Maitresse günstig zu stimmen und zur Fortsetzung des Verhältnisses zu veranlassen. Wer aber ein solches Sündengeld giebt, der thut etwas Unsittliches, und wer etwas Unsittliches thut, der kann für den Vermögensverlust, den er durch dieses unsittliche Thun erleidet, die Reaktion des Rechts nicht anrufen, auch dann nicht, wenn der Verlust durch konkurrirende Unsittlichkeit Dritter noch größer geworden ist. Es ist analog, als wenn Jemand, der bei einem Mord oder Diebstahl betheiligt ist, von einem Komplizen dupirt würde und diesem außer den Leistungen, welche für die Vollbringung des Deliktes nöthig sind, noch andere Leistungen machen würde, die der Komplize ihm hinterlistig für nöthig erklärte. Kann ein solcher Dupirter die Reaktion des Rechts nicht anrufen, so kann die Rechtsordnung sich auch nicht von Amtswegen um diesen Verlust bekümmern; er ist für das Recht nicht vorhanden: wer Geld der Unsittlichkeit widmet, der stellt es *insofern* außerhalb des Rechtsschutzes. In gleichem Sinne wäre es aufzufassen, wenn Jemand Geld sammelte zu einem landesverrätherischen Zwecke und dann zum Nachtheil der landesverrätherischen Gesellschaft handelte; das wäre keine Untreue im Sinne des §. 266 R.-Str.-G.-B.: ein solcher Nachtheil wäre kein Nachtheil im Sinne des Gesetzes. Anders wäre es, wenn er die Gelder unterschlüge oder ein Dritter die Gelder stehlen würde:[33]) auch das Sündengeld hat seine unschuldigen Beziehungen und Verwendungsmöglichkeiten, und wäre es

[33]) Würde Jemand das Geld nehmen, nicht um es sich anzueignen, sondern um es lediglich dem landesverrätherischen Zwecke zu entziehen, dann würde es natürlich an dem Diebstahls- oder Unterschlagungsdolus fehlen.

Digitized by Google

auch nur die, vom Staate konfiszirt und in den unschuldigen Verkehr gelenkt zu werden: alle obligatorischen Verhältnisse, welche darauf abzielen, den Sündenzweck zu erfüllen, sind nichtig, die dinglichen Beziehungen welche auch außerhalb des Sündenzweckes existiren, finden allerdings trotzdem ihren rechtlichen Schutz.[33a])

§. 7.

Aber auch das Darbieten von Mitteln zum Zwecke der Erreichung der Unsittlichkeit muß vom Rechte als seines Schutzes unwürdig zurückgewiesen werden. Wer Jemandem zur Unsittlichkeit oder zur Anlegung eines Unsittlichkeitshauses Geld leiht, der kann kein Gericht anrufen, um sein Geld wieder zu bekommen; wer sein Geld für landesverrätherische Zwecke leiht oder für die Zwecke der Wahlbestechung, hat keinen Rechtsanspruch. Dahin gehört auch der Fall, wenn Jemand einem unreifen Menschen Geld leiht, um frivoler Lust nachzuhängen: wer auf solche Weise Geld leiht, der unterstützt absichtlich den sittlichen Verderb, die Degenerirung der Jugend. In dieser Beziehung haben wir eine ausgezeichnete Stelle, welche zu den glänzendsten Zeugnissen des römischen Rechts gehört, ich meine das fr. 12 §. 11 mandati:

Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit. Vgl. auch fr. 24 §. 4 de minor.: sicuti facit in ea pecunia, quae ei consumpturo creditur.

Wer also einem jungen Menschen Geld giebt, um die Geldgelüste einer Dirne zu befriedigen, der hat sein Geld dahin — der junge Mann braucht ihm nichts zurückzuzahlen; und dies auch nicht in dem Fall, wenn der Wucherer das Geld direkt der Dirne übergiebt (auf Wunsch des jungen Menschen), oder wenn die Dirne sich auf Kredit des jungen Menschen ein Collier kauft und der Wucherer im Auftrag des Jünglings als Bürge hinzutritt; in keinem Falle hat er einen Regreß.

33a) Insofern ist es annehmbar, wenn Ulpian in fr. 5 de donat. davon spricht, daß neque inhonestae donationes sunt prohibitae . . . inhonestae circa meretrices.

Digitized by Google

Dasselbe gilt von Leistungen zur Wahlbestechung.

Bei Wahlbestechungen in kleinen Kreisen kommt nicht selten die indirekte Form vor, daß der Kandidat seine Wähler regalirt, ihnen freien Biergenuß u. dergl. verschafft: alles dies und alles, was zu diesem Zwecke geschieht, ist rechtlich nichtig; und der Wirth, der im Bewußtsein dessen das Bier verzapft hat, hat das Nachsehen, wenn der etwa durchgefallene Kandidat ihm nicht freiwillig zahlt.[34])

Das gilt auch dann, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist, daß lediglich die für den Kandidaten Stimmenden Bier bekommen sollen; es genügt die Erklärung, daß die Wähler Bier erhalten sollen, sofern der Kandidat gewählt wird: auch das ist ein Anreiz. Noch mehr, selbst wenn nichts weiter geschieht, als daß den Wählern am Wahltage Bier gegeben wird auf Kosten eines Kandidaten, liegt hierin eine unsittliche Beeinflussung: eine Beeinflussung der vergleichbar, wenn den Wählern Geld gegeben wird, allerdings nicht in der direkten Art des Stimmenkaufes, aber in der indirekten Art, daß man von den Beschenkten stillschweigend erwartet, daß sie sich für die Schenkung erkenntlich zeigen. Insbesondere nimmt der Wirth, welcher im Auftrage des Kandidaten Bier verzapft, an diesem Gebahren ebenso Theil, wie etwa ein Bankier Theil nähme, wenn er in solchem Falle Geld vorschösse. Er hat daher gegen den Kandidaten keine Kaufs- oder Darlehnsklage, noch weniger kann, wenn er ohne Auftrag gehandelt hat, eine actio negotiorum gestorum gelten, auch wenn derartiges ungefüges Wesen üblich sein sollte. Richtig hat in dieser Beziehung der Appellationssenat Mannheim entschieden am 3. April 1878 (Zeitschr. f. franz. Civilrecht X. S. 406). Es heißt hier:

> „An diesem, mit den guten Sitten und den Grundsätzen einer freien Abstimmung unvereinbaren Unfug betheiligt sich auch der Wirth, sofern er den Wählern die von ihnen bestellten Speisen und Getränke, nicht auf ihre Kosten, sondern in der Voraussetzung verabreicht, es werde der aus der Wahl seiner Gäste hervorgegangene Bürgermeister das Verhalten derselben gutheißen und die Bestreitung der Zechkosten stillschweigend oder ausdrücklich auf sich nehmen." (ibid. S. 407.)

[34]) Vgl. meine Rechtsfälle zum Studium des französischen Civilrechts II. Nr. 91.

Digitized by Google

Man sage nicht, daß in solchen Fällen der versprechenstreue Kandidat schlimmer fahre, als derjenige, welcher die Gelegenheit benutzt, um sich von der Sache los zu machen. Das ist bei allen wegen Unsittlichkeit nichtigen Geschäften so; wer sich in ein solches einläßt, der muß wissen, daß er in die Diskretion des anderen Theiles gestellt ist, und damit muß er sich genügen lassen: die Rechtsordnung überläßt ihn seinem Schicksale.

Wie solches von öffentlichen Wahlen gilt, so gilt es auch von quasi-öffentlichen Abstimmungen, bei welchen die Majorität entscheidet, es gilt insbesondere auch von Abstimmungen in der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft und von den Abstimmungen im Konkurse.

Eine Unsittlichkeit würde ferner vorliegen, wenn ein Fabrikant Dynamit an einen Subversisten, der Apotheker Gift an einen Selbstmörder, der Schlosser einen bestimmten Schlüssel an einen Dieb verkaufen würde: in allen solchen Fällen ist das Geschäft rechtlich nichtig; ja auch der Verkauf einer Pistole wäre dann rechtlich ungültig, wenn bei dem Geschäft die Absicht, mit der Pistole einen Dritten zu tödten, mit geäußert wäre. Ebenso ist nichtig der Verkauf eines Apparates, welcher speziell für Zwecke der Wollust oder der Thierquälerei hergestellt wäre.

Gilt das genannte Prinzip auch dann, wenn der Goldarbeiter einen Schmuck verkauft hat, von dem er weiß, daß er an den Hals einer Maitresse wandern wird, oder der Schneider ein Gewand, von dem er weiß, daß die Dirne sich darin breit machen werde? Oder, wenn der Möbelhändler eine Ausstattung verkauft, mit welcher das Zimmer einer Buhlerin ausgeschmückt werden soll?

Nein — denn hier handelt es sich zwar um Dinge, die mit dem unsittlichen Umgange im Verhältniß stehen, es handelt sich aber nicht um Mittel der Unsittlichkeit, nicht um Werkzeuge zur Verletzung sittlicher Lebensgebote.[35])

[35]) Unrichtig erscheint dagegen die Entsch. des Reichsgerichts vom 10. Mai 1889, Z. f. franz. Civilrecht XX. S. 414, 416. Es ist hier festgestellt: „vielmehr soll die Klägerin nur die beabsichtigte Verwendung des Geldes zum Ankauf und Betrieb eines Bordells gekannt und ihrem Sohne diese Gelegenheit des Erwerbs haben verschaffen wollen, ohne daß diese Verwendung eine vertragsmäßige Voraussetzung des Darlehnsversprechens oder der Darlehnshingabe bildete." Daraufhin wurde

Digitized by Google

Hier muß die Rechtsordnung Halt machen: wo der Abgrund des Lasters starrt, darf das Recht die Hand nicht reichen, auf daß Jemand hinuntergleitet; aber das Recht, das Civilrecht wenigstens hat nicht stundenlang vorher dem Menschen den Weg zu verrammeln. Nur dann kann die wahre Freiheit und Sittlichkeit sich entwickeln, wenn dem Menschen die Bahn des Lasters offen steht und er sie freiwillig nicht betritt; will Jemand zum Abgrund hin, ihn schauen, so mag er es thun; mag er sich dann mit umso größerer Kraft von ihm wegwenden. Eine Rechtsordnung, welche den Menschen auf Schritt und Tritt behüten wollte, wie ein strenger Präzeptor, würde keine kräftigen Willensgeschlechter heranwachsen lassen. Daher hat die Rechtsordnung sich nicht um Dinge zu kümmern, welche auf dem Weg des Lasters liegen, sofern sie sich nur nicht zu instrumenta sceleris gestalten. Es ist hier dieselbe Frage, wie bei der Konfiskation: nur die instrumenta sceleris sind zu konfisziren, nicht, was von weitem mit dem Delikte in Verbindung steht.[36])

Anderenfalls würde das Recht ein zweites Ideal, das Ideal der freien Willensbestimmung des Menschen trüben, und dies brächte noch die Verletzung eines weiteren Ideals mit sich: des Ideales der Geheimhaltung des Eigenlebens, welches zu den Rechten des Individualismus, zu den Individual- oder Persönlichkeitsrechten führt. Soll Jemand wirklich veranlaßt werden, dem Goldschmidt, welchem er das Halsband abkaufen will, eine ganze Lebensgeschichte zu erzählen? Sollen intime Lebensbeziehungen enthüllt werden, deren Geheimhaltung und Vertraulichkeit zu den Urrechten der Persönlichkeit gehört? Nicht alles, was sittlich und tüchtig ist, eignet sich zur Kenntniß dritter Personen, und eine Ordnung, welche die Ausforschung und Aushorchung privater Verhältnisse begünstigte, würde die Rechte der Person aufs Empfindlichste treffen; sie würde dem Auge des Publikums eröffnen, was der Einzelne zu verbergen ein Recht hat.

---

angenommen, daß nur ein innerer unsittlicher Beweggrund, kein unsittlicher Verpflichtungsgrund vorliege. Dies ist unrichtig; die Unsittlichkeit des Geldgeschäfts ist gegeben mit der beiderseits erkannten unsittlichen Bestimmung des Darlehnsgeldes. Daß diese Unsittlichkeit noch zur Voraussetzung erhoben wird, ist nicht erforderlich.

[36]) Vgl. mein Patentrecht S. 587, Olshausen, Kommentar zum St.G.-B. S. 150.

Digitized by Google

Es handelt sich hier also um dasselbe Ideal, wie beim Briefgeheimniß. Die Post hat kein Recht, in das Internum der Briefe zu dringen, sie hat keine Diskretion, einzelne Briefe zu eröffnen, die ihr etwa als bedenklich erscheinen möchten; ebensowenig ein Dritter. Doch über dieses Ideal und seine Verwirklichung im Rechtsleben soll anderwärts gehandelt werden; nur das Eine ist hier zu erwähnen: es widerspricht diesem Ideale auch, wenn im Prozesse Personen als Zeugen vernommen werden über den Inhalt von Briefen, von denen sie sich auf unlautere Weise, d. h. unter Verletzung des Briefgeheimnisses Kenntniß verschafft haben. Auch hier muß die Rechtsordnung das Ideal unverbrüchlich hochhalten. Wie dies in der französischen Praxis zur Geltung kommt, soll anderwärts ausgeführt werden.

Mit dem Gesagten steht auch eine interessante Stelle des römischen Rechts in Beziehung, das fr. 3 §. 6 de in rem verso. Wenn der Sklave Geld leiht und dasselbe für die mehr oder minder empfehlenswerthen Passionen des Herrn vorstreckt, so hat derjenige, welcher dem Sklaven das Geld geliehen, gegen den Herrn trotzdem die actio de in rem verso. Etwas anderes wäre nur dann der Fall, wenn das Geld speziell für die schlimmen Passionen dargeliehen worden wäre; in der That ist aber in der Stelle von einem unbestimmten, nicht zweckbestimmten Darlehen die Rede und die unsittliche Verwendung folgt erst hintennach: sie ist dem Darleiher nicht zur Schuld zur rechnen, sie ist unsittlich, aber nicht unsittlich bezüglich des Darleihers des Geldes. Daher konnte die römische Rechtsordnung zutreffend sagen: auch eine unsittliche Verwendung für den Herrn ist, was die Rechte des unschuldigen Dritten betrifft, immer noch als Verwendung für den Herrn zu betrachten, das Geld hat bei dem dominus seine Verwendung gefunden: darum muß der dominus mit der actio de in rem verso haften.

Hiermit ist es wohl gelungen, die Grenzlinie zu markiren, wo die Berücksichtigung unsittlicher Bestrebungen bei Beurtheilung der Civilrechtsgeschäfte zu enden hat: das Civilrecht hat Geschäfte dann für nichtig zu erklären, wenn diese Geschäfte es zum Zwecke haben, die Werkzeuge der Unsittlichkeit zu bieten, sei es in Geld, sei es in andern Dingen; was nicht zu den Werkzeugen der Unsittlichkeit gehört, sondern mit dem sittlichen oder unsittlichen Leben in

Digitized by Google

loserem Zusammenhange steht, wird von der Rechtsordnung nicht nach diesem Zusammenhange geprüft: eine solche Prüfung würde die Geheimnisse der Person an's Licht ziehen und die Persönlichkeitsrechte im Innersten treffen.

Eines ist noch zu bemerken. Die Berücksichtigung der Unsittlichkeit führt dazu, daß der Vertrag beiderseits ungültig ist, wenn derselbe beiderseits mit Kenntniß des unsittlichen Zweckes abgeschlossen worden ist. Hat dagegen der Mitkontrahent im Momente des Vertragsabschlusses keine Kenntniß von dem unsittlichen Zwecke, so ist die Nichtigkeit nur einseitig; und hat in solchem Falle der gutgläubige Mitkontrahent auf den Vertrag hin geleistet, so kann er seine Gegenleistung verlangen. Hat er aber noch nicht geleistet und erfährt er von dem unsittlichen Zwecke, so hat er Recht und Pflicht, die Leistung zurückzuhalten; er hat die etwa empfangene Gegenleistung in thesi herauszugeben, kann aber volle Entschädigung verlangen, Entschädigung im ausgedehntesten Maßstabe, und hierfür kann er die empfangene Gegenleistung retiniren bezw. zur Kompensation verwenden. Vgl. unten S. 244.

§. 8.

Als nichtig müssen die Verträge betrachtet werden, welche gegen fremdes Eigenthum gerichtet sind; so der Vertrag, daß der Hirt das Vieh auf fremdem Felde grasen lassen solle; aber auch der Vertrag, daß mir Jemand fremdes Eigenthum übergeben solle, um es dem Eigenthümer zu entziehen; wogegen natürlich der Vertrag, worin mir Jemand fremdes Eigenthum, das er sich zu Eigen legitim verschaffen will, zu übertragen verspricht, vollgültig ist. Daraus entwickelt sich der Satz: la vente de la chose d'autrui est nulle, Code civil a. 1599, und ich halte diesen Satz für einen eminent richtigen: auf ihn ist die Garantiepflicht des Verkäufers gegenüber dem gutgläubigen Käufer zu bauen; es ist dem Käufer nicht zuzumuthen, eine Sache als die seinige zu behandeln, von der er weiß, daß sie einem Fremden gehört, er muß dieses Verhältniß geltend machen können, auch bevor oder ohne daß der Eigenthümer mit einer Eviktion auftritt. Die Bestimmung in §. 374, 375 des Entwurfs eines bürgl. Gesetzes ist nicht sachgemäß. Ich verweise des weiteren auf meine ausführliche Darstellung über den Verkauf einer

Digitized by Google

fremden Sache in meinen Gesammelten Abhandlungen S. 224 fg., 261 fg., 269 fg., 293 fg. und gebe mich der Hoffnung hin, daß die dort vertretene Auffassung noch durchdringen möge.[37])

Ebenso sind nichtig die Verträge, welche auf Nahrungsmittelfälschung abzielen, insbesondere eine Weinfälschergesellschaft, Appellgericht Colmar vom 13. Februar 1875 (Z. f. franz. Civilrecht VI. S. 261), oder der Kauf und Verkauf von verfälschten Nahrungsmitteln, sofern er auf die Verbreitung im Publikum gerichtet ist; so O.-L.-G. Karlsruhe vom 30. Dezember 1880 (Badische Annalen Bd. 47 S. 101); natürlich noch mehr die Verträge zur Beförderung des Sklavenhandels, so amerikanische Entsch. bei Myer, Federal Decisions VIII §. 650.

Nichtig sind die Verträge, welche dahin zielen, Strafurtheile des Staates zu hintertreiben: nichtig sind natürlich die Begünstigungsverträge, nichtig die Verträge, wornach der Eine an Stelle des Andern die Strafe abbüßen soll; nichtig auch die Verträge, wornach Einer die vom Andern erlittene Geldstrafe bezahlen soll — dies natürlich, wenn der Vertrag vor der That abgeschlossen, aber auch wenn er nach der That eingegangen wird. Man könnte allerdings in einigen Fällen zweifeln, sofern etwa Polizeibestimmungen den A. haften lassen, wenn in der That B. der eigentliche Schuldige ist; z. B. den Hauseigenthümer, während der Architekt den Fehler beging. Allein auf solche Regreßklagen kann sich die Rechtsordnung nicht einlassen, ohne den ganzen Charakter der Geldstrafe zu erschüttern.[38])

Noch weniger sind Gesellschaftsverträge statthaft, Vereinsverträge, welche derartigen Zwecken zustreben. (Vgl. auch §. 129 R.-Str.-G.-B.).

Nichtig sind naturgemäß auch alle Verträge, welche darauf abzielen, Zoll- und Steuergesetze zu verletzen; seien dies nun Gesetze des In- wie des Auslandes. Dies versteht sich so sehr von selbst, daß das Gegentheil gar nicht hätte aufgeworfen werden sollen; es versteht sich von selbst, sofern und soweit es sich um Staaten handelt, welche auf dem Boden des Friedensverkehrs zu einander

[37]) Vgl. auch Bayerisches L.-R. IV. 1, 16 Z. 3 und das in den Gesammelten Abhandl. S. 264 citirte Münchener Erkenntniß vom 9. Dezember 1871.

[38]) Unrichtig Ober-L.-G. Karlsruhe, 12. November 1884 (Badische Annalen Bd. 51 S. 36).

Digitized by Google

ſtehen.[39]) Namentlich gilt ſolches auch von Geſellſchaftsverträgen zum Zwecke der Kontrebande[40]) oder zur Umgehung der Steuergeſetze.[41])

Ebenſo müſſen aber auch Verträge für ungültig gelten, welche dahin abzielen, die von dem einen Staate dem anderen geſchuldete Neutralität zu verletzen. Ein Vertrag zur Unterſtützung von Inſurgenten, iſt nichtig und rechtlich unerzwingbar;[42]) ebenſo die in dem einen Staat abgeſchloſſenen Verträge, um eine depoſſedirte Dynaſtie wieder auf den fremden Thron zu ſetzen, oder einen Präſidenten gewaltſam an die Spitze zu bringen:[43]) der politiſche Zuſtand, der in rechtlich anerkannter Weiſe beſteht, ſoll von keinem Staate verletzt werden und die Rechtsordnung keines Staates darf dazu die Hand bieten. Allerdings würde hier eine Aenderung eintreten mit dem

[39]) Vgl. darüber zahlreiche Entſcheidungen bei Wharton, Conflict of laws (Philadelphia 1872) §§. 484, 485; ferner Bar, Internat. Privatrecht II. S. 31 fg.; Entſcheidungen bei Dalloz, Jurisprud. génér. v. Oblig. no. 588, 591. Auffallend unrichtig iſt noch die Entſch. des franzöſiſchen Kaſſationhofs vom 25. Auguſt 1835 (Dalloz, Rec. Period. 35 I. p. 404, 405): Considérant que la contrebande en pays étranger, à l'aide de ruse employée pour tromper les préposés chargés de l'empêcher, n'est prévue ni réprimée par aucune loi française. Dieſe Entſcheidung ſteht auf einem veralteten Standpunkt völkerrechtlicher Betrachtungsweiſe.

[40]) Vgl. Troplong, Société no. 86 fg. Pont, Société no. 40 fg. Vgl., auch fr. 53 pro socio: delictorum turpis atque foeda communio est; fr. 57 eod.: rerum inhonestarum nullam esse societatem.

[41]) Vgl. Appellhof Limoges vom 18. Auguſt 1879 und Kaſſationshof vom 8. November 1880 (Sirey 79 II. p. 248, 81 I. p. 248). Vgl. auch Oberlandesgericht Zweibrücken, 29. November 1888 (Z. f. franz. Civilrecht XIX. S. 488).

[42]) Vgl. die Citate bei Wharton, Conflict of laws §. 496: Entſch. Macnamara v. D'Evreux, Thompſon v. Powler, Taylor v. Barclay. Vgl. ferner Entſch. des Appellh. Paris vom 21. Juni 1833 bei Dalloz, Jurisprud. générale v. Obligation no. 559 Note 1; Myer, Federal decisions VIII §. 618, 626—629.

[43]) Es ſind dies Verträge, wie ſie ſchon von Alters her vorkamen: Verträge zur Erlangung von Geld oder Verträge zur Entſchädigung der Verluſte, welche Perſonen erleiden, die einen Aufſtand erregen; Verträge z. B., wie ſie ſeiner Zeit Dante und die Mitverbannten unterſchrieben, daß die Unterzeichner ſich verpflichteten: omnia dampna interesse et expensas restituere, satisfacere et emendare de eorum propriis bonis, quod vel quas predicti Ugolinus vel eius consortes incurrerent seu reciperent, tam in bonis temporalibus quam etiam in beneficiis ecclesiasticis, occasione novitatis seu guerre facte vel faciende per castrum Montis Acciamichi, vel per aliquam aliam eorundem fortilitiam seu fideles, vel per ipsosmet, ad arbitrium eorum; sub pena duarum milium marcarum argenti (bei Scartazzini, La divina commedia di Dante Alighieri IV. p. 81).

Digitized by Google

Moment, in welchem die depossedirte Dynastie wirklich auf dem Thron käme und vom Inlande anerkannt würde: in einem solchen Falle könnte die inländische Rechtsordnung nicht mehr sagen, daß die Unterstützung der depossedirten Dynastie eine völkerrechtliche Ordnungswidrigkeit gewesen sei. Es beruht dies aber auf der bekannten Sanktion der politischen Zustände, welche eintritt, sobald die faktischen Verhältnisse sich Anerkennung verschafft haben.

Wenn endlich zwei Staaten Krieg führen und ein dritter in Neutralität steht, so können die Gerichte des neutralen Staates keine Verträge über Lieferung von Kriegsmaterial an den einen der kriegführenden Staaten für gültig oder vollziehbar erklären;[44]) denn dies würde gegen die neutrale Stellung des Staates verstoßen, welche sich auch in seiner Rechtsordnung ausprägen muß: wer solche Materialien liefert, hat bei dem Gericht des betreffenden Staates oder seiner Bundesgenossen die Zahlung zu suchen; für sie natürlich sind die Verträge bindend; aber weder von der einen noch von der andern Seite können die Verträge an die Gerichte eines neutralen Staates gebracht werden. Eine solche Relativität der Rechtsordnung mag auffallend sein, sie entspricht aber der Relativität der völkerrechtlichen Beziehungen.

Daß ein Vertrag der Waffenlieferung zur Unterstützung des Auslandes im Kriege gegen das Inland im Inland als nichtig erklärt werden muß, versteht sich von selbst.[45])

§. 9.

Von einem weiteren Lebensideale haben wir nun zu sprechen: von einem Ideal höchster Ordnung, von dem Ideal der menschlichen Freiheit, sofern dieselbe nicht durch Verträge über das Maß hinaus gebunden werden darf. Daß es unstatthaft ist, die ganze Arbeitskraft seines Lebens einem Andern mit Rechtszwang aufzuopfern,[46]) daß es unstatthaft ist, einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, welcher das ganze Leben hindurch unkündbar ist, daß Verträge, wornach Jemand

---

[44]) Vgl. auch die Allegate bei Wharton §. 496.

[45]) Vgl. die in Z. f. franz. Civilrecht XV S. 426 allegirte Entscheidung des Reichsgerichts.

[46]) Vergl. nunmehr auch Entwurf §. 564.

Digitized by Google

kein Konkurrenzgeschäft betreiben darf, nur mit Reserve zulässig sind, ist bereits andern Ortes ausgeführt worden.[47])

Daß ein unbeschränktes Versprechen, sich nicht an einem analogen Geschäft zu betheiligen, nichtig ist, hat auch neuerdings der Appelh. Paris am 6. Aug. 1881 (vgl. auch Kassationsh. vom 2. Mai 1882) ausgesprochen (Pataille, Annales de la propr. industr. XXVII. p. 321, 324), ferner Kassationsh. vom 30. Mai 1885 (Zeitschr. für franz. Civilrecht XVI. S. 350); und ebenso der Appellhof Toulouse am 22. August 1882 (Pataille XXVIII. S. 43), und am 27. August 1883 (Pataille XXIX S. 221); vergl. auch Oberlandesgericht Köln, am 12 Mai 1886 (Zeitschr. f. franz. Civilr. XVIII. S. 243); ferner Reichsgericht 18. Sept. 1888, 3. Okt. 1888, Bolze, Praxis des Reichsgerichts VI 524, 525.

Dagegen wurde auch neuerdings ein Vertrag, welcher den Geschäftsbetrieb nur innerhalb gewisser angemessener Schranken verbietet, als gültig erklärt; so das Verbot, sich bei einem Geschäft in der Stadt und der Umgegend zu betheiligen, Appellhof Amiens, am 27. Juli 1882 (Pataille XXIX. p. 196), Kassationshof am 9. Mai 1888 (Zeitschr. für franz. Civilr. XIX. S. 396); oder im nämlichen Stadttheil, Appelhof Toulouse am 28. März 1884 (Pataille XXX. p. 108), am 31. März 1884 (Zeitschr. für franz. Zivilr. XVI. S. 350); oder in einem Rayon von 1000 Metern (und während der Pachtdauer des bestehenden Handelshauses), Kassationshof am 9. Januar 1884 (Pataille XXX p. 60, 63). Vgl. auch schon Seinetribunal vom 27. Februar 1856 und 10. September 1857 (Pataille II. p. 61, IV, p. 189), Appellhof Paris vom 3. Juni 1856 (Pataille II p. 191) u. s. w.

Mit Recht hat auch neuerdings das Oberlandesgericht Karlsruhe am 1. Januar 1884 (in den Badischen Annalen 52, S. 337,

[47]) Gesammelte Abhandlungen S. 62 fg. Vgl. nunmehr auch die Dissertation von Lemberg, „Vertragsmäßige Beschränkungen der Gewerbe- und Handelsfreiheit" (Breslau 1888); neuestens Geller, Oesterreich. Zentralbl. f. d. jurist. Praxis IX S. 5 fg., welcher von entgegengesetzter Anschauung ausgeht und den Gedanken, daß in solchen Verträgen etwas unsittliches, weil der Freiheit widersprechendes enthalten sein könne, verwirft. Zahlreiche Entscheidungen sind allegirt bei Huard, Répertoire ... en matière de marques de fabrique p. 127 no. 177—180, bei Rendu, Traité pratique des marques de fabrique no. 512, bei Pouillet, Traité des marques de fabrique no. 577 fg. Vgl. auch franz. Ges. 28./12. 1890.

Digitized by Google

339) ausgesprochen, daß die Zusage, in derselben Stadt keine Wirthschaft zu betreiben, so lange eine verkaufte Sommerwirthschaft im Betriebe ist, gültig sei.

„Aus dem ganzen Zusammenhang der Verhandlungen ergibt sich aber mit aller Bestimmtheit, daß die Zusage beiderseits dahin gemeint war, sie habe sich auf den Betrieb der seitherigen Wirthschaft des Klägers in der Stadt E. und auf die Zeit zu beschränken, während welcher die gekaufte Sommerwirthschaft im Betrieb sein würde . . . . „Daß eine solche Verpflichtung in dieser Beschränkung gültig ist, ist allgemein anerkannt."[48])

Aehnlich dasselbe Oberlandesgericht am 12. März 1884 (Bad. Annalen 51, S. 177.) Vgl. ferner Reichsgericht 11. Oktober 1889 (Bolze VIII 461).

Auch eine Beschränkung für einen deutschen Bundesstaat ist unbedenklich; so ist es unzweifelhaft richtig, wenn das Oberlandesgericht Kolmar am 4. November 1885 (Zeitschr. f. franz. Civilrecht XVII. S. 660) das Konkurrenzverbot für Elsaß-Lothringen als gültig erklärt hat.

Etwas weit geht dagegen eine Entscheidung des Obergerichts Mainz vom 19. Januar 1878 (Zeitschrift für franz. Civilr. IX. S. 439 fg.), worin ein auf das ganze deutsche Reich ausgedehntes zeitlich unbeschränktes Konkurrenzgebot für gültig erachtet wurde. Es spricht hiergegen der Umstand, daß ein solches Verbot über ein ganzes

[48]) Uebrigens können derartige Verträge noch eine besondere Seite darbieten. Es kann Jemand, die Verlegenheit eines Anderen oder das ihm geschenkte Vertrauen benutzend, ihn in die Furcht setzen, daß er ein Konkurrenzgeschäft begründen wolle und ihn dadurch veranlassen, daß er ihn mit einer bestimmten Summe zur Ruhe bringe und die drohende Konkurrenz abkaufe. Z. B. A besorgt während der Krankheit die Geschäfte des B und droht ihm nachträglich, sich als Konkurrent niederzulassen, wenn er ihm nicht 10000 M. zahle. (Vgl. den Fall in meinen Strafrechtsaufgaben I. Nr. 84.) Wenn auch hier keine strafrechtliche Erpressung vorliegt, so ist doch ein solcher Mißbrauch der Nothlage und des Vertrauens genügend, um eine exceptio doli zu erzeugen, so daß derselbe die zugesagten 10000 M. nicht erhält oder nachträglich herausgeben muß; dann steht ihm allerdings auch die Konkurrenz frei: es ist Sache des anderen Theiles zu erwägen, was ihn am meisten fördert. Daß Derartiges auch dann gegeben ist, wenn A gar nicht den Willen oder die Möglichkeit hätte, ein ernstliches Konkurrenzgeschäft zu betreiben, aber eine solche Möglichkeit vorspiegeln würde, versteht sich von selbst. Ob in solchem Falle strafrechtlicher Betrug vorliegt, ist hier nicht zu erörtern.

Digitized by Google

Kulturgebiet sich erstreckt und den Betroffenen, wenn er nicht auf ein anderes Arbeitsfeld übergehen will, zu einer Thätigkeit in einem Gebiete zwingt, in welchem seine Kraft schon wegen der Sprache völlig gelähmt sein kann.

Mit Recht hat daher das RG. 19. Januar 1889 (Bolze, Praxis des Reichsgerichts VII. 531) ein Verbot, an der ostafrikanischen Küste Handelsgeschäfte zu treiben, als zu weitgehend erkannt.

Interessant ist, wie die Gerichte vielfach den richtigen Satz besonders betonen, daß derartige Verträge im Zweifel pro libertate zu interpretiren seien. So wurde in einem Falle, wo eine Zuschneiderin sich verpflichtet hatte, daß sie sich an keinem ähnlichen Geschäfte in der Nähe betheiligen wolle, es als zulässig erklärt, daß sie sich selbst etablire; so Appellhof Aix vom 6. Juli 1881 (Pataille XXVII. p. 317); vgl. auch Appellhof Nancy vom 4. Dezember 1882 (ib. XXIX. p. 191).[49]) Ebenso wurde, als Jemand sich verpflichtet hatte, sich nicht in einer Entfernung von 1000 Metern zu etabliren, angenommen, daß hier die nächste Straßenlinie maßgebend sei, nicht der Rayon nach dem Vogelflug; Appellhof Paris vom 30. Juli 1881 (Pataille XXVII. p. 68); ebenso Appellhof Paris vom 19. Juli 1883 (Pataille XXXI. p. 125) — doch ist diese Auffassung nicht unbestritten.[50]) Ebenso wurde angenommen, daß, wenn ein Handelsgehülfe für den Fall des Austritts bedungen hat, sich innerhalb 3 Jahren bei keinem ähnlichen Geschäfte zu betheiligen, dies nur von dem Falle zu verstehen ist, wenn der Kommis von sich aus weggeht oder seine Entlassung verschuldet, nicht für den Fall, wenn er ohne seine Schuld entfernt wird; Appellhof Rennes vom 29. Mai 1888 (Pataille XXXIII. [1888] p. 317. 318: considérant que la liberté du travail étant de droit, les stipulations par lesquelles

[49]) Hier heißt es: cette stipulation, restrictive du droit commun en matière de liberté commerciale, doit être renfermée dans ses termes et ne peut être étendue par voie d'analogie aux faits qui n'ont pas été formellement prévus par le contrat (ib. p. 192).

[50]) Vgl. dazu die Note bei Pataille an der eben cit. Stelle, wo auch weitere Entscheidungen allegirt sind. Vgl. auch Pouillet Nr. 589, 590. Nach der englischen Doktrin ist im Zweifel die Entfernung nach dem Vogelflug zu messen: as the crow flies. Vgl. Pollock, Principles of Contract p. 335.

Digitized by Google

elle a été limitée doivent être interprétées dans le sens qui lui porte l'atteinte la moins grave.

In ähnlicher Weise hat auch das Reichsgericht vom 25. Januar 1888 (Entsch. XX. S. 106) und in den dort S. 107 citirten früheren Entscheidungen ausgesprochen, daß ein solches Konkurrenzverbot für den Fall, daß der Kommis seine Stelle aufgiebt oder aufgeben muß, sich im Zweifel nur auf den Fall bezieht, daß derselbe von sich aus geht oder gerechten Anlaß zur Kündigung von Seiten des Prinzipals gegeben hat — was auch ganz sachgemäß ist, da im Fall der unvorhergesehenen Kündigung für den Kommis eine ganz andere Situation eintritt, als wenn er seinen Austritt selbst verschuldet.[50a])

Ebenso wurde mit Recht ausgesprochen, daß ein Verbot, in einer Stadt keine Modewaarenhandlung zu betreiben, es nicht ausschließe, an fremdem Ort eine solche Handlung zu begründen und von da aus auch Geschäfte nach der genannten Stadt zu machen, Preislisten, Reisende zu schicken (Reichsgericht 16. Mai 1889 (Bolze, Praxis des Reichsgerichts VIII. 459). Ebenso ist es im Zweifel restriktiv auszulegen, wenn die Frage auftaucht, ob unter der Stadt auch die Vororte verstanden sind, Reichsgericht 26. Oktober 1889 (Bolze, VIII. 462). Vgl. auch Kass.-Hof 20. Januar und 14. April 1891 (Pataille XXXVI. p. 78. 80).

Daß die Beschränkung des Verbotes des Konkurrenzbetriebes regelmäßig eine lokale oder zeitliche sein muß, und daß eine qualitative Beschränkung, eine Beschränkung auf eine bestimmte Art des Gewerbes regelmäßig nicht genügt, um das Vertragsverbot für zulässig zu erklären, geht bereits aus den gesammelten Abhandlungen S. 64 hervor.[51]) Allerdings findet sich neuerdings wieder eine entgegen-

[50a]) Etwas anderes kann ausgemacht werden; es kann bedungen werden, daß ein Konkurrenzverbot auch dann erwachse, wenn der Dienstherr den Kommis einseitig entläßt. Sollte er ihn aber von vornweg mit der Absicht engagirt haben, ihn sofort zu entlassen und sich dadurch seiner Konkurrenz zu entledigen, so wäre dies contra bonam fidem. Vgl. Reichsgericht 24. Mai 1889 (Bolze VIII. 460).

[51]) Vgl. in dieser Hinsicht auch Entsch. des Tribunals Celle vom 17. Juni 1873 (Z. f. hannoversches Recht VII. 1875 S. 65, 66). Der Beklagte hatte sich verpflichtet, in Zukunft niemals ein Kohlengeschäft zu beginnen oder in ein solches als Handlungsgehülfe einzutreten. Das Versprechen wurde als ungültig erklärt und es wurde dabei betont, daß sonst der Beklagte gezwungen sein könne, „mit Aufgebung desjenigen Geschäftsbetriebes, auf dessen Kenntniß er jahrelang seine Thätigkeit verwandt, anderem Erwerbe seines Lebensunterhaltes sich zuzuwenden"

Digitized by Google

gesetzte Entscheidung, wornach es gültig sei, wenn Jemand für immer auf eine gewisse Geschäftsbranche verzichtet; es ist das Urtheil des Appellhofs Amiens vom 14. April 1883 (Pataille XXIX. p. 275, 279). Der eine Kompagnon hatte verzichtet auf den Handel soit de draperies, velours ou confections, ou de voyager pour des commerces similaires. Es wurde geltend gemacht, demselben stünden noch andere Handelszweige offen: Tuchhandel u. s. w. Diese Entscheidung geht zu weit: eine qualitative Beschränkung des Verbotes kann regelmäßig nicht als genügend betrachtet werden; sie kann als zulässig nur betrachtet werden, wenn es sich um ganz bestimmte einzelne Produkte handelt.

So wäre z. B. das Verbot, mit Weinen und Branntweinen der Charente zu handeln, allerdings gültig; es wäre gültig auch ohne die zeitliche Beschränkung von 10 Jahren, mit der es sich in dem Falle der Entscheidung des Appellhofes Bordeaux vom 22. August 1883 (Pataille XXXI. p. 93) findet.

Dies insbesondere, wenn es sich um Produkte handelte, die nur durch ein Gewerbegeheimniß hergestellt werden können; davon ist noch unten (S. 216) zu handeln.

Ganz analog dem Vertrag, welcher es Jemanden untersagt, sich an einem bestimmten Orte oder in einer bestimmten Zeit zu etabliren, ist der Vertrag, worin ein Kaufmann verspricht, eine bestimmte Waare für eine bestimmte Stadt oder für ein bestimmtes Land nur durch das Medium einer bestimmten Person zu vertreiben, sie keinem Anderen in diesem Gebiete zukommen zu lassen. Derartige Verträge sind, wenn innerhalb angemessener Grenzen, gültig; ungültig wäre es aber, wenn etwa Jemand für alle Zeiten versprechen würde, seine Waaren nur von einem bestimmten Kaufmann zu beziehen. Ebenso wäre ein Vertrag, worin sich ein Schriftsteller für Lebenszeit verpflichtet, alle Werke bei einem bestimmten Verleger erscheinen zu lassen, nichtig. Bei allen diesen Verträgen handelt es sich um die Beschränkung der persönlichen Freiheit, und die oben angeführten Kriterien kommen auch hier in Betracht. Von einer ernstlichen Gefährdung der freien Konkurrenz durch derartige Verträge mit einem

(S. 66). Wenn Geller S. 9 fragt, wo die (lokale bezw. zeitliche) Grenze liege, so muß gesagt werden, daß derartige Grenzen überhaupt nicht nach festen Sätzen abzustecken sind; derartiges kommt aber in der Jurisprudenz sehr oft vor.

Digitized by Google

Einzelnen wäre allerdings nicht die Rede; die später (S. 218) darzulegenden Gesichtspunkte kommen hier nicht in Betracht. In dieser Beziehung besagt denn auch der Appellhof Pau vom 7. August 1837 (Sirey 38 II. p. 243):

> qu'il n'apparaît d'aucune stipulation que les parties se fussent proposé d'éviter une concurrence quelconque en cette partie de leur négoce, ni d'empêcher que des tiers ne fissent des entreprises de même nature; que cela se justifie même par les conséquences, puisqu'il est demeuré certain que de nouveaux négocians ou fournisseurs de jambons se sont montrés sur les marchés de Paris, et qu'ils ont joui de toute la liberté possible, de placer et débiter leur marchandise au prix le plus convenable à leurs intérêts.

Auch das englische Recht betrachtet die genannten Verträge nur als gültig, wenn innerhalb angemessener Beschränkung: the tendency of the modern authorities has been to accept as the test of reasonableness whether the covenant goes beyond what the covenantee's interests require or not (Pollock in der Law Quarterly Review IV. [1888] p. 240).[52]) Entscheidungen darüber sind bereits in meinen Gesammelten Abhandl. S. 71 fg. allegirt, weitere zahlreiche Entscheidungen sind an der gedachten Stelle der Law Quart. Rev. IV. p. 240, 241 gegeben. Der Vertrag, innerhalb des Umkreises von zehn Meilen ein ähnliches Geschäft nicht zu betreiben oder sich an einem solchen Geschäft nicht zu betheiligen, wurde auch in der Entscheidung Hill c. Hill als gültig erachtet; ebenso der Vertrag, im Umkreis von fünfzig Meilen keinen Wein- und Spiritushandel zu üben, in der Entscheidung Parsons c. Cotterill (ib. IV. p. 241). Von besonderem Interesse ist aber die neuerliche Entscheidung des englischen Court of Appeal in Sachen Davies c. Davies (Law Quarterly Review IV. p. 118 und 240); es handelt sich um einen Vertrag: to retire wholly and absolutely from the partnership, and so far as the law allows from the trade or business thereof in all its branches. Hier wollten sich die Parteien offenbar im Rechtspunkte so gut als möglich vorsehen und sie legten daher die

[52]) Vgl. ferner Pollock, Principles of Contract p. 326 fg.

Digitized by Google

Beschränkung in die Hand des Gesetzes: as the law allows; aber sie hatten trotzdem nicht richtig gerechnet: der Court of Appeal erklärte ein solches Geding als zu vag und ungewiß; die Parteien hätten selbst die Grenzen festzusetzen — mit Recht; die Grenzen können ja der verschiedensten Art sein, örtliche, zeitliche, kombinirt örtlich-zeitliche, in einer Unzahl von konkreten Kombinationen kann die Vereinbarung gültig sein; unter diesen verschiedenen Modalitäten haben die Parteien zu wählen. Ein Vertrag: soweit es das Gesetz erlaubt, ist ebenso, wie wenn zwei Parteien einen Gesellschaftsvertrag abschlössen, „so, wie es nach dem Gesetz gestattet ist". Interessant ist, daß bei der Berathung dieses Urtheils die Meinung geäußert wurde, daß unter unseren ganz veränderten Handelsbedingungen ein Vertrag, selbst wenn zeitlich und räumlich unbeschränkt, gültig sein müsse, weil die reasonableness das Entscheidende sei.[53]) Offenbar war hier der Gedanke geltend, daß bei unserem unbeschränkten Welthandel der dominus daran betheiligt sein kann, wenn eine Konkurrenz an irgend einem Orte oder zu irgend welcher Zeit erfolgt, so daß eine Beschränkung auf Ueberall und Immer allerdings in seinem Interesse und in Bezug auf dieses Interesse reasonable sein kann. Dies ist richtig. Allein die reasonableness darf nicht vom einseitigen Standpunkte dieses dominus allein beurtheilt werden, sie darf nur beurtheilt werden mit gleichzeitiger Rücksicht auf die Freiheitsrechte des anderen Theiles, und diese dulden eine solche Erstreckung des Vertrages nicht. Es bemerkte daher auch ein anderer Richter, daß die beschränkende Theorie im Rechte zu sehr eingewurzelt sei, als daß sie aus diesen Gründen verlassen werden könnte, es müßte denn durch eine Entscheidung des Oberhauses geschehen (Law Quarterly Review IV. p. 118).

Ueber amerikanische Entscheidungen vgl. Gesammelte Abhandl.

---

[53]) Ueberhaupt geht in der englischen Jurisprudenz ein Zug, die Verträge in möglichst weitem Maße für gültig zu erklären, vgl. Pollock, Contract p. 332 fg. und die p. 333 fg. angeführten Beispiele. Aehnlich der Oesterreich. Oberste Gerichtshof 12. Oktober 1870 (Glaser-Unger VIII 3904), wo angenommen ist, daß eine solche Beschränkung nicht als „unvereinbar mit den angeborenen Rechten des Menschen angesehen werden" könne. Aehnlich Geller S. 13, welche annimmt, der Vertrag wirke so weit, als der Prommissar ein Interesse habe.

Digitized by Google

S. 72 und die Zitate in der Chicago Legal News vom 12. November 1887 p. 81 Spalte 4.

Dreierlei ist noch beizufügen.

Ein Verbot der Konkurrenz ist dann unbedingt — auch ohne Beschränkung — gültig, wenn die Konkurrenz sich auf ein Gewerbegeheimniß bezieht, welches Jemand im fremden Gewerbe kennen lernt.[54]) Das Gewerbegeheimniß wird, wie noch unten auszuführen, durch Individualrecht gegen Vertrauensbruch und hinterlistige Entnahme geschützt; ein Vertrauensbruch ist es aber, wenn Jemand, den man in ein Geheimniß einweiht mit der Pflicht, es nicht für sich oder Andere auszubeuten, diesem Gebote zuwiderhandelt; es ist Vertrauensbruch, nicht etwa bloß Zuwiderhandeln gegen ein Konkurrenzverbot. Daher würde ein derartiges Thun zu aller und jeder Zeit rechtliche Verfolgung nach sich ziehen. Es ist breach of faith, und hiergegen schreitet auch die englische Jurisprudenz ein mit injunction; vgl. hierüber Gesammelte Abhandlungen S. 74, Busch Archiv Bd. 48 S. 352 und Browne treatise on the law of trademarks in der zweiten Auflage p. 574 f. Vgl. auch die englische Entsch. Hagg c. Darley bei Sebastian, Digest of Cases of trademark no. 604.

In dieser Beschränkung ist, wie bereits, Gesammelte Abhandlungen S. 74, bemerkt, das Reichsgerichts-Urtheil vom 20. Oktober 1880 (Entsch. II S. 119) zutreffend.

Und so besagt daher auch das RG. vom 23. Dezember 1886[55]) in Sachen Mitscherlich gegen Winter:

> „Die Rechtsprechung, auf welche hierwegen verwiesen wird, geht nur dahin, daß eine ohne zeitliche und örtliche Begrenzung gemachte Zusage, einen Handel oder ein anderes Gewerbe nicht zu betreiben, als dem öffentlichen Interesse der Gewerbeordnung und der persönlichen Freiheit zuwiderlaufend ungültig sei; das Gegentheil aber nimmt die Rechtsprechung für Fälle der vorliegenden Art an, wenn ein Gewerbetreibender sich gegen den Mißbrauch seines Fabrikgeheimnisses durch Personen schützen will, welche

[54]) Vgl. auch die Entsch. Leather Cloth Co. c. Lorsont, cit. bei Pollock, Principles of Contract p. 332.

[55]) Beruht auf Privatmittheilung.

Digitized by Google

aus Anlaß eines dienstlichen oder ähnlichen Verhältnisses von dem Geheimnisse Kenntniß erlangt haben. Entscheidungen des Reichsgerichts II Nr. 30 S. 119 ff."

Vgl. auch noch R.-G. 8. Juli 1886 (Bolze III 656).

Umgekehrt ist aber ein auch nur zeitlich beschränktes vertragsmäßiges Verbot des Gewerbebetriebes dann nichtig, wenn ein Gewerbetreibender im öffentlichen Interesse bestimmte Leistungen übernommen hat und das Vertragsverbot dieser Leistungspflicht widerspricht. Eine höchst interessante Entscheidung in dieser Richtung ist vom Supreme Court Illinois vom 26. September 1887. Zwei Gasgesellschaften hatten die Beleuchtung der Stadt übernommen, und zwar in folgender Art: Zuerst hatte die erste Gesellschaft ein Monopol erhalten; nach Ablauf der Monopolzeit wurde noch einer zweiten Gesellschaft die Gasleitung gestattet — es wurde also im Interesse des Publikums eine Konkurrenz eröffnet. Da vereinbarten die zwei Gesellschaften unter einander, daß die Gasleitung nach Stadtbezirken unter sie getheilt sein solle und daß keine Gesellschaft der andern in ihrem Bezirke innerhalb 100 Jahren Konkurrenz machen dürfe. Diese Vereinbarung wurde verworfen as tending to create or continue a monopoly. Es wurde festgestellt (nach den Head Notes in den Chicago Legal News vom 12. November 1887):[56] The general rule that contracts in partial restraint of trade are not invalid, does not apply to corporations engaged in a public business in which the public are interested. Such corporations can not be allowed by contract to disable themselves, even partially, in the discharge of duties of a public nature. Any private contract by them which is injurious or prejudicial to the public interests is void on the ground of public policy.

Die Frage ist in den Vereinigten Staaten keine neue. Insbesondere werden Verträge zwischen Eisenbahnen, durch welche die freie Konkurrenz zwischen ihnen beschränkt würde, für nichtig erklärt; als nichtig wurden namentlich die Vereinbarungen zwischen zwei Eisenbahngesellschaften erkannt, worin bestimmt wurde, daß die eine Gesellschaft keinen Transport übernehmen würde, der nicht über

[56]) Head Notes to opinions filed at Ottawa and prepared by Hon. Norman L. Freeman, Official Reporter ib. p. 77 fg., 80 fg.

Digitized by Google

die Bahn der anderen gelaufen sei; so die Entscheidungen, zitirt a. a. O. p. 80.

Darum bestimmt auch die Verfassung von Illinois, daß eine Eisenbahn keine Konkurrenzlinien erwerben darf, denn dies würde die Wohlthat der Konkurrenz aufheben; Constitution a 11 §. 11: No railroad corporation shall consolidate its stock, property or franchises with any other railroad corporation owning a parallel or competing line .... Vgl. auch Revised Statutes ch. 114 §. 22 (23).

Nach dem entwickelten Prinzip muß ein derartiger Vertrag unter Notaren, von welchen sich einer verpflichtet, innerhalb bestimmten Kreises kein Geschäft zu betreiben, ohne Weiteres nichtig sein. Aber auch ein derartiger Vertrag unter Aerzten ist nichtig: solche Verträge sind gefährlich für die leidende Menschheit — wie, wenn auf solche Weise ein geschickter Arzt zurückgehalten wird und ein Stümper zurückbleibt? Auch unter Advokaten kann solches nicht als erlaubt gelten: der Jurist soll dem Publikum nicht durch solche Mittel entzogen werden.

Ein derartiger Vertrag wäre ferner, auch wenn limitirt, dann ungültig, wenn er in Verbindung mit einer Koalition stände zur Vernichtung der Gewerbefreiheit; dann wäre er nichtig nicht an sich, sondern per consequentiam als Theil eines nichtige Ganzen. Davon ist noch weiter zu handeln.

§. 10.

Verträge, welche daraufhin abzielen, nicht den Gewerbebetrieb dem Einzelnen zu untersagen, sondern den Gewerbebetrieb in der Art zu reguliren,[57]) daß nur in der einen oder anderen Weise das Gewerbe betrieben werden darf, also nur unter bestimmten Preis- oder Lohnbedingungen, sind weniger der Freiheit des Einzelnen als des ganzen Verkehrs zuwider, sie sind insbesondere dem kaufenden Publikum gefährlich. Es können dadurch Monopole der schlimmsten Art geschaffen werden, Monopole von der einen wie von der anderen Seite;

[57]) Ueber die Geschichte der Koalitionen in Deutschland vgl. Großmann in Schmollers Jahrb. XV. S. 235 fg. und die hier citirte Schrift von Kleinwächter. Weitere Literatur in Schönbergs Handb. der Polit. Oekonomie I. S. 288.

Digitized by Google

es kann dadurch insbesondere auch das Verhältniß begründet werden, daß ein Gewerbetreibender keine Arbeit bekommt, weil die Arbeiter ihn koalitionsmäßig perhorresciren, oder weil die Arbeiter sich zu Lohnsätzen zusammenthun und diese durch Arbeitseinstellung erzwingen. Derartige Verträge können, wie anderwärts gezeigt[58]), nie in futurum bindend sein: ein Jeder muß das Recht haben, sich abzumelden und zurückzutreten und keine Konventionalstrafe kann ihn treffen. Es kann sich nur fragen, ob nicht auch in praeteritum hin ein solcher Vertrag unverbindlich ist, und in der That bestimmt solches die Gewerbeordnung im §. 152 bezüglich der Koalition über Steigerung oder Minderung der Arbeitslöhne: denn es heißt hier nicht nur, daß jedem Theilnehmer der Rücktritt freisteht, sondern auch, daß aus solchen Verabredungen weder Klage noch Einrede stattfindet. Soll dies auch bei anderweitigen Koalitionen gelten?

Wenn also beispielsweise die Fabrikanten vereinbaren, die Waare nicht unter einem bestimmten Preis zu geben? Hier ist es so, daß, mag die Vereinbarung lauten, wie sie will, ein jeder Paciscent jederzeit zurücktreten und erklären kann, daß er an die Vereinbarung nicht mehr gebunden sein wolle: das Recht kann sich nicht zum Vernichter der Gewerbefreiheit machen. Wie aber verhält sich die Sache in praeteritum? Hier muß gesagt werden: hat der Betreffende seither sich so gestellt, als ob er noch an dem Kartell theilnehme, und etwa die Früchte des Kartells genossen, dann ist er haftbar für die Kontraventionen; es müßte denn eine Vereinbarung vorliegen, deren Tendenz es ist, nicht nur gewisse Handelsbedingungen durchzuführen, sondern einen Handel vollkommen zu monopolisiren; oder es müßte sich um Anstalten handeln, bei welchen es publizistische Pflicht ist, das Interesse des Publikums zu wahren, wie Eisenbahn und Tramways: bei ihnen wären solche Vereinbarungen auch in praeteritum nichtig, und ein Partner, welcher ihnen zuwiderhandelt, könnte niemals, auch nicht in praeteritum, wegen Entschädigung oder Konventionalstrafe belangt werden.[59])

[58]) Aus dem Patent- und Industrierecht I S. 86 fg.

[59]) Ebenso wären derartige Vereinbarungen nichtig unter Aerzten und unter Advokaten; es geht nicht an, daß diese Personen ihren Beruf als Geldsache betrachten und vereinbarungsweise die Honorare hinauftreiben; noch weniger darf die Rechtsordnung dazu die Hand bieten.

Digitized by Google

Für die Ungültigkeit der Koalitionsverträge, welche die freie Preisfetzung und die freie Konkurrenz in der Setzung der Produktions- und Handelsbedingungen untergraben, ist insbesondere die französische Jurisprudenz.

So hat der Appellhof Bourges am 11. August 1826 (mit Zustimmung des Kassationshofes am 18. Juni 1828) auf Antrag eine Koalition für ungültig erklärt, worin sich verschiedene Fabrikanten verpflichtet hatten, die Waare nicht unter einem bestimmten Preise zu liefern:

> „attendu que les fabricants, en s'associant au nombre de huit, et en déterminant un prix fixe de vente, ont nui à l'ordre public, qui exige pour le commerce la plus entière liberté." (Dalloz, Jurispr. générale, v. Oblig. No. 613 Note 2.)

Aehnliche Entscheidungen sind Appellhof Douai vom 13. Mai 1851 und Nancy vom 23. Juni 1851 (Dalloz, Rec. Period. 53 II. p. 27 et 99.)

In der ersten Entscheidung handelte es sich um Verträge, worin sich mehrere Holzhändler verpflichteten, den Preis des An- und Verkaufs gemeinschaftlich zu bestimmen. Der Gerichtshof entschied, daß die Verträge

> „avaient pour but d'éteindre la concurrence qui existe, et qui doit exister dans le commerce; que cette concurrence, en tant qu'elle est renfermée dans de sages limites, affecte essentiellement l'intérêt public, et que les conventions particulières qui tendent à la restreindre ou à la supprimer, dans un intérêt privé, sont illicites et contraires à l'ordre public."

In der zweiten Entscheidung heißt es, daß

> „en s'obligeant pour un temps indéterminé à tenir à des prix invariables les façons de certains objects de leur commerce, elles s'interdisaient formellement tout progrès, toute amélioration économique dans le mode de leur fabrication."

Dagegen wurde eine Vereinbarung dahin, daß alle Fabrikanten durch einen gemeinsamen Zwischenhändler (aber zu selbstständig be-

Digitized by Google

stimmtem Preise) verkaufen sollten, als giltig betrachtet, Appellhof Lyon, 18. November 1848 (Dalloz, Recueil Period. 49, II. p. 69).[60])

Man vergleiche aber auch die Entscheidung des Oberst. Landesgerichts München vom 7. April 1888 (Samml. von Entsch. XII, S. 67), wo es sich um die Vereinbarung von Ziegeleibesitzern handelte, dahin gehend, daß nicht mehr als ein bestimmtes Quantum produzirt werden solle, kein Mitglied unter bestimmten Preisen verkaufen, und kein Mitglied solchen Ziegeleibesitzern, welche nicht dem Verein angehören, Steine abkaufen dürfe, bei bestimmter Konventionalstrafe.

Das Gericht hat diese Vereinbarung als giltig angenommen, allerdings mit Bezug auf die Umstände des Falles und unter Berücksichtigung dessen, daß es sich hier darum handle, die durch Ueberproduktion zu erwartende Schädigung des Verkehrs abzuwenden, nicht, den Verkehr durch Monopole zu schädigen. Das mag richtig sein, und darum wird man den Vertrag nicht von vornherein für unwirksam erklären; aber erträglich sind solche Vereinbarungen nur, wenn ein freiwilliger Austritt gestattet ist: was im einen Moment günstig ist, das ist im andern Moment für die Produktion und für den ganzen Verkehr verderblich; weise Vorsicht geht gar zu leicht in verknöcherten Kleingeist und egoistische Ausbeute über. Hiergegen giebt es kein anderes Mittel, als das freie Austrittsrecht — dadurch regulirt sich die Sache von selbst. Hat ein Paciszent besondere Vortheile nicht blos zeitlicher Art erhalten, z. B. eine Pauschalsumme, auf daß er sich dem Kartell anschließe, so muß er im Fall des Austrittes das Empfangene je nach Befinden ganz oder theilweise ex aequo et bono restituiren. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die Vereinbarung nicht in praeteritum nichtig ist.

In England hat bekanntlich die Akte vom 29. Juni 1871 (34, 35 Vict. c. 31) Bestimmungen über die Trades Unions gegeben.[61]) Es heißt hier unter s. 4:

> Nothing in this Act shall enable any court to entertain any legal proceeding instituted with the object of

[60]) Ueber eine hierher gehörige Entscheidung des Turiner Kassationshofs vom 21. Dezember 1885 vgl. mein: Aus dem Patent- und Industrierecht I. S. 85 und die hier citirte Schrift von Amar.

[61]) Vgl. auch die Amendement Act von 1876.

Digitized by Google

directly enforcing or recovering damages for the breach of any of the following agreements;

und unter diesen agreements ist insbesondere auch erwähnt:

any agreement between members of a trade union as such, concerning the conditions on which any members for the time being of such trade union shall or shall not sell their goods, transact business, employ, or be employed;

any agreement for the payment by any person of any subscription or penalty to a trade union,

sodann auch

any agreement made between one trade union and another, or any bond to secure the performance of any of the above — mentioned agreements.

Entsprechend hat auch neuerdings der englische Appellhof in Sachen Mogul Steamship Co. c. Mc. Gregor, Gow and Co. angenommen, daß eine Vereinbarung zur Beschränkung der Freiheit des Handels nichtig, wenn auch nicht strafbar sei.[62])

Eine besondere Entwickelung hat das Koalitionswesen in den Vereinigten Staaten genommen.[63]) Die Produzenten vereinigten sich zu Pools, um gemeinschaftlich durch einen Ausschuß die Waaren zu gewissen Bedingungen verkaufen zu lassen; oder zu Trusts, indem die Paciszenten nicht bei der bloßen Negative verblieben, sondern eigene Kapitalgesellschaften gründeten, die in gemeinsamem Interesse über Produktion und Verkauf bestimmen, mit einer festen Organisation, mit einem Board of Trustees, welcher in allen wichtigen Fragen entscheidet.[64]) Auf diesem Stande der Sache handelt es sich nicht mehr um eine bloße Vereinbarung über die Modalitäten der verschiedenen Einzelgewerbe, sondern um ein assoziationsweises Gesammtgewerbe mit relativer Selbstständigkeit der einzelnen Glieder. In diesem Falle ist das Verbot, unter anderen als den bezüglichen Be-

[62]) Digby in der Law Quarterly Review VI. p. 132, Butcher ib. VI. p. 249. Vgl. über die Frage auch Pollock, Principles of contracts p. 327.

[63]) Vgl. namentlich Jeremiah W. Jenks in Conrads Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik Bd. LVI (dritte Folge Bd. I) S. 1 fg. und die dort citirten Schriften von Cook, Trusts und von Bonham, Railway Secrecy and Trusts.

[64]) Jenks S. 7 f.

Digitized by Google

dingungen zu produziren, nicht mehr eine Vereinbarung unter einer Mehrheit von Gewerbetreibenden, sondern eine Folge dessen, daß die einzelnen Produktionsstätten sich zu einer Gesammtproduktion vereinigt haben.

Die Frage wäre nun allerdings, ob nicht derartige Trusts in ihrem materiellen Hauptzwecke auf jene negative Koalition herauskommen, indem die positiven Gesellschaftsnormen nur eine Zuthat sind, um den Hauptzweck, die Regulirung der Konkurrenz, durch gewillkürte Normen zu erzielen und die Freiheit der Konkurrenz zu vernichten.

Ueber diese Frage und über die Stellung der amerikanischen Jurisprudenz hierzu ist anderwärts zu handeln. Die New Yorker Gerichte haben den Sugar Trust für unzulässig erklärt, in Michigan, Missouri, Texas, Kansas sind Gesetze gegen die Bildung der Trusts erlassen worden, im nordamerikanischen Kongreß will man die Frage durch Gesetzgebung regeln;[65]) die weitere Ausführung würde uns hier zu weit führen.

In Canada ist die Angelegenheit ausführlich geregelt, zunächst durch die Trades Unions Act (Revised Statutes of Canada v. 1886 ch. 131, Ed. Ottawa 1887 II. p. 1741 fg.), welche dem erwähnten englischen Gesetze folgt. Als Trade Union wird bezeichnet:

> such combination, whether temporary or permanent, for regulating the relations between workmen and masters, or for imposing restrictive conditions on the conduct of any trade or business, as would, but for this Act, have been deemed to be an unlawful combination by reason of some one or more of its purposes being in restraint of trade (s. 2).

Darüber, daß Vereinbarungen in solchem Sinne nicht rechtlich erzwingbar sind, spricht sich s. 4 in der Weise des englischen Gesetzes aus. Wohl aber sollen derartige Vereinbarungen nicht auch strafbar sein for conspiracy or otherwise (s. 22).

Neuerdings aber, in 52 Vict. ch. 41 (2. Mai 1889), ist die Sache wesentlich verschärft worden (Acte du Parlement du Royaume-

[65]) Jenks S. 1 und 18. Ueber Fälle, wo die Koalitionen wegen der öffentlichen Zwecke der paciszirenden Gewerbebetriebe für unzulässig erklärt wurden (namentlich Eisenbahnen), vgl. oben S. 217.

Digitized by Google

uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, passé durant la session tenue dans les 51e et 52e années du règne de sa Majesté la Reine Victoria, Ottawa 1889 p. 162). Es wurde für ſtrafbar erklärt (s. 1):

> Tout individu qui illégalement conspire, se coalise, convient ou s'entend avec un autre, ou avec une compagnie de chemin de fer, de steamers, de bateaux à vapeur ou de transport —
>
> a) pour limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de commerce de tout article ou denrée qui peut faire l'objet d'un trafic ou d'un commerce; ou —
>
> b) pour restreindre le trafic ou le commerce de tout tel article ou denrée, ou lui nuire; ou —
>
> c) pour empêcher, limiter ou diminuer indûment la fabrication ou la production de tout tel article ou denrée, ou pour en élever déraisonnablement le prix; ou —
>
> d) pour prévenir ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture de tout tel article ou denrée, ou dans les tarifs d'assurance sur la vie ou les propriétés — —.

Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß die Rechtsordnung dadurch, daß ſie die Freiheit des Austritts wahrt, die Sache nicht völlig in der Hand hat. Derartige Koalitionen, wenn ſie mächtig ſind, können dem Austretenden ſolche Schwierigkeiten bereiten, daß die juriſtiſche Möglichkeit des Austritts faktiſch keinen großen Werth hat. Uebrigens iſt immerhin die Möglichkeit des Austritts ſchon von Bedeutung als Anerkennung der Freiheit der Verkehrswelt; außerdem kann die Geſetzgebung verſuchen, ſolchen Satzungen mehr oder minder durch Strafbeſtimmungen beizukommen, wie in Canada und in den Vereinigten Staaten.

Uebrigens iſt auch hier nichts neu unter der Sonne. Die Innungen in China und in gewiſſen Theilen Indiens[66]) ſind unüberwindliche

[66]) Ueber das Innungsweſen in China vgl. meine „Rechtsvergleichende Studien" S. 207.

Digitized by Google

Mächte: sie stehen zusammen und wissen dem Austretenden oder Ausgeschlossenen durch Boykotten den Gewerbebetrieb unmöglich zu machen. Damit berührt sich die älteste Kulturwelt mit der jüngsten.

Von den Koalitionsverträgen sind wiederum die Verträge zu unterscheiden, welche nicht darauf abzielen, den Gewerbebetrieb zu regeln, sondern gewisse Personen oder Klassen von Personen aus dem Gewerbe auszuschließen; die Boykottvereinbarungen. Daß diese mit all' ihren Konventionalstrafen absolut nichtig sind, versteht sich von selbst, und es fragt sich nur, ob nicht strafrechtlich hiergegen eingeschritten werden soll, wie in den englischen Staaten nach der law of criminal conspiracy.[67])

Der öffentlichen Konkurrenz im Verkehr entspricht bei der Zwangsversteigerung die Konkurrenz der Bietenden; daß eine solche stattfindet, liegt im Wesen des Versteigerungsinstitutes, und dieses Institut entspricht dem öffentlichen Bedürfnisse; darum ist es in vielen Ländern strafrechtlich verpönt, dem Zweck der Steigerung durch Drohung oder auch durch Zusicherung von Vortheilen für den Fall des Nichtbietens entgegenzuwirken, C. pénal a. 412, Preuß. Strafgesetzbuch §. 270 (welcher heutzutage noch gilt),[68]) Bayerisches Strafgesetzbuch Artikel 335; eine Vereinbarung, bei solcher Steigerung nicht bieten zu wollen, ist nichtig; sie wäre eine Vereinbarung zum Abbruche des Zweckes, zu welchem das Versteigerungsinstitut bestimmt ist.

So insbesondere zahlreiche Entscheidungen des bayerischen Obersten Gerichtshofes (bezw. Obersten Landesgerichts): vom 3. Dezember 1867, 26. August 1868 (Blätter für Rechtsanwendung, Ergänzungsband I S. 340, II S. 170), 6. Mai 1872, 12. Februar 1876, 25. Mai 1877, 7. Januar 1881, 30. November 1881, 18. März 1882 (Sammlung von Entsch. des Obersten Landesgerichts II. S. 203, VI. S. 128, 813, IX. S. 9, 382, 553). So auch O.-L.-G. Darmstadt vom 30. April 1886 (Z. f. franz. Civilrecht

[67]) Hier ist allerdings vieles bestritten; vgl. die interessanten Aufsätze von Digby und Butcher in der Law Quarterly Review VI. p. 129, 363, 247.

[68]) Reichsgericht vom 6. März 1888, Entscheidung in Strafsachen XVII. S. 202. Dazu noch Preuß. V.-O. vom 14. Juli 1797. So auch in Oesterreich Hofkanzleidekret vom 28. April 1838 (Geller, Centralbl. f. die jurist. Praxis IX. S. 2).

Digitized by Google

XVIII. S. 110). So neuerdings auch die Luzerner Entscheidung vom 3. Februar 1888 (dieses Archiv II. S. 243 und Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins XXV. S. 266). So auch die französische Jurisprudenz; vgl. Dalloz, v. Obligat. nr. 580, Demolombe XXIV., 378; und die amerikanische, Myer VIII. §. 552, 633.[68a])

Richtig bemerkt insbesondere das bayerische Oberste Landesgericht, vom 18. März 1882 (Sammlung von Entscheidungen IX S. 553, 554, 555):

> „Durch derartige Manipulationen . . . . wird die Absicht des Gesetzes, im Wege der Versteigerung den höchstmöglichen Preis eines dem gerichtlichen Zwangsverkaufe unterstellten Objekts im Interesse wie der betheiligten Gläubiger so des Eigenthümers zu erzielen, jedenfalls gefährdet" . . . . .
>
> „Da schon die absichtliche und wissentliche Gefährdung des vom Gesetze bei einer durch dasselbe statuirten Einrichtung gewollten Zweckes gegen die öffentliche Ordnung verstößt, so kommt es nicht mehr darauf an, ob die Benachtheiligung des privaten Interesse eines Dritten dadurch auch bewirkt wurde."

Dagegen ist ein Vertrag, worin Jemand einem Anderen verspricht, von einem Terrain nicht zu kaufen, welches dem freien Verkauf unter der Hand unterstellt ist, gültig; es ist dies wie ein Vertrag dahin, daß Jemand irgendwo kein Wohnhaus bauen, sich nicht ansiedeln werde. Allerdings kann auch dies auf die Preise drücken, allein es handelt sich hier um eine Veranstaltung im allgemeinen Preiskampfe, es handelt sich nicht um das bewußte Entgegenwirken gegen eine bestimmte, im Interesse des Verkehrs eingeführte Rechtsinstitution. So auch Kassationshof vom 5. April 1870 (Dalloz, Recueil Périodique 72 I. p. 243).

Wohl aber muß sich die Nichtigkeit auf alle Versteigerungen, auch auf die Privatversteigerungen beziehen; denn es handelt sich nicht blos um den Schutz der öffentlichen, von Beamten veranstalteten Lizitationen, sondern um den Schutz des Versteigerungsinstitutes

---

[68a]) Die viel behandelte Frage, ob und unter welchen Umständen derartige Verträge die Gültigkeit der Versteigerung berühren, ist hier nicht zu behandeln.

Digitized by Google

überhaupt. Daß manche Strafgesetze, wie insbesondere Art. 270 des Preuß. Strafgesetzbuches, sich nur auf öffentliche Lizitationen erstrecken, beruht auf dem rigor des Strafrechtes, das nur im Falle eines gesteigerten Bedürfnisses mit Strafbestimmung eintritt.[69])

Aehnlich verhält es sich mit dem Falle eines Konkurrenzausschreibens; ein Vertrag zwischen zwei Personen, daß sich die eine nicht bewerben solle, ist nichtig; so Oesterreich. Höchster Gerichtshof 8. Juni 1864, worin gesagt wurde, daß die Vorschrift, wornach für die Besetzung von Gemeindearztstellen der Concurs auszuschreiben ist, den Zweck hat, Bewerber in der größtmöglichen Zahl herbeizuziehen, damit in Folge der ausgedehntesten Concurrenz um so gewisser eine geeignete Wahl zum Besten des Publikums getroffen werde; daß aber durch den vorliegenden Vertrag dieser Zweck eben vereitelt . . . werden sollte . . . Glaser-Unger, Sammlung von civilrechtl. Entsch. IV 1928; derselbe 29. Sept. 1864 (ib IV 1979). Vgl. übrigens auch Geller, Zentralbl. f. jurist. Praxis IX S. 4.

§. 11.

Zu den Freiheitsrechten ist auch die freie Lösbarkeit des Verlöbnisses zu zählen. Bis vor der Schwelle der Ehe soll ein Jeder nur vor seinem Gewissen verantwortlich sein, ob er die Verlobte heimführt oder nicht. Der Schritt in die Ehe ist so überaus wichtig und bedeutungsvoll, daß kein zwingendes Moment dazwischen treten darf. Wer im Laufe der Verlobung zur inneren Ueberzeugung kommt, daß die Ehe keine „rechte" Ehe sein wird und keinen rechten Segen zu geben verspricht, der soll frei und ledig von der Verlobung zurücktreten dürfen und dafür nur sich und Gott verantwortlich sein. Sagt man: wer seiner Sache nicht sicher ist, soll sich nicht verloben, so hebt man damit gerade die große Bedeutung des Verlobungsinstitutes auf, welches den Brautleuten eine tiefere Herzenskunde verschaffen und ihnen eine Prüfung und eine Probe gegenseitigen Zusammenpassens gewähren soll. Sagt man: wer einen triftigen Grund hat, könne die Verlobung ex justa causa aufheben, so nimmt man gerade das weg, was die Garantie der persönlichen Freiheit ist; man unterwirft Denjenigen, welcher von imponderablen, oft nicht

[69]) Frühere Entwürfe bezogen die Strafbestimmung auf alle Versteigerungen; vgl. Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch II. S. 615.

Digitized by Google

erkennbaren, Dritten unfaßbaren Neigungen und Gefühlen getragen ist, der Beurtheilung dritter Personen; man beschränkt die persönliche Freiheit der Lösung auf objektive, eklatante Fälle, und übersieht, daß der Mensch ein komplizirtes, von unendlich vielen eigenartigen psychischen Faktoren regiertes Wesen ist; man macht aus dem Verlöbniß in Bezug auf die Bindung der Person eine (nur eben leichter lösbare) Ehe.

Nur die volle unbeschränkte Lösbarkeit der Verlobung kann frommen, und darum ist der §. 1227 des Entwurfes völlig richtig und zutreffend: „Durch das Verlöbniß wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet."

Die persönliche Freiheit darf daher nicht insofern inhibirt werden, daß ein Zwang zur Eheschließung statuirt würde; sie darf aber auch nicht in der Art beschränkt werden, daß, im Fall der Nichteheschließung, eine Pflicht zum Ersatz des positiven Schadens gegeben wäre: des Schadens nämlich, welchen der andere Theil dadurch erleidet, daß die Ehe nicht zu Stande kommt; so daß man ihm alles zu ersetzen hätte, was er haben würde, wenn die Ehe zu Stande käme: eine solche Pflicht würde den Lösenden oft völlig niederdrücken, vielen die Lösung geradezu unmöglich machen, und man käme zu den Zuständen, welche man aus England her kennt: wenn in England aus dem Verlobungsversprechen eine Entschädigungsklage im weitesten Sinne, insbesondere eine Klage auf dommage moral gegeben wird, so ist es nicht diese Haftung für dommage moral an sich, es ist die Negierung der Freiheit der Lösung, welche uns als bedrückend erscheint.[70])

Aber ich gehe noch weiter; ich halte es auch für unangemessen, daß eine Entschädigung wegen des damnum praeteritum, wegen des Aufwandes, wegen der Verfügungen, welche der andere Theil mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemacht hat, gefordert werden kann; lediglich und allein die Rückgabe der Brautgeschenke bei dem Rücktritt von der Verlobung ist angemessen. In dieser Beziehung ist der Entwurf §. 1228, 1229 zu ändern. Auch das ist eine empfindliche Beschränkung der Freiheit und führt zu ärgerlicher Ranküne; wer im Brautstande Aufwendungen gemacht hat, der mußte wissen,

[70]) Ueber die Judikatur vgl. Pollock, Law of torts p. 465.

Digitized by Google

daß es eine Probezeit ist, die so oder anders ausfallen kann; kommt die Ehe nicht zu Stande, so ist es ziemlich kleinlich, daß hintennach solche Zu- und Abrechnungen stattfinden, und höchst mißlich ist es, daß hintennach die Gründe pro et contra an das Gericht getragen und hier zur Entscheidung gebracht werden.[71])

Alles dieses muß um so mehr gelten bei unserem modernen Prinzip, wornach die Ehe gar nicht oder nur sehr schwierig lösbar ist; je fester das Eheband bindet, um so größer muß die Freiheit vorher sein, um so mehr muß sich vorher ein jeder Theil prüfen dürfen, ob das Eine sich zum Anderen findet.

Beides hängt aufs Innigste zusammen, wie es von jeher aufs Innigste zusammenhing; die Gestaltung der Verlobung hatte stets zu der Gestaltung der Ehe die innigsten Beziehungen; daher auch die verschiedenen Weisen des Verlobungsinstitutes im Leben der Völker: bald ist die Verlobung eine unvollkommene Ehe, bald involvirt sie ein obligatorisches Band, das straffer oder lockerer ist.[71a]) Eine straffe Bindung durch Verlöbniß ist erträglich — aber nur wenn es entweder in der Ehe überhaupt weniger auf die Individualität ankommt (wie bei orientalischen Völkern), oder wenn die Ehe leicht lösbar ist, ein Irrthum in der Wahl daher ohne zu große Schwierigkeit wieder gut zu machen ist.

Natürlich nimmt alles dies sofort ein anderes Gesicht an, wenn es dem einen Theil gar nicht ernst gewesen ist mit der Verlobung und er die Frauensperson von Anfang an über seine Absicht getäuscht hat, wenn er mit einem Weibe gespielt hat, aus Laune, Uebermuth, der

---

[71]) Insoweit, daß der Entwurf verbesserungsbedürftig ist, stimme ich mit Gierke, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 395 fg. überein; ich postulire aber die Verbesserung nach einer ganz anderen Richtung hin. Die Befürchtung, daß dies zu laxen Anschauungen im Leben führen werde, kann ich nicht theilen; im Gegentheil, die Wirkung im Leben kann nur die sein, zur Vorsicht zu mahnen! Eine Rechtspflicht oder Treupflicht in dem Sinne aber, daß der Verlobte beim Verlöbniß in thesi verharren solle, besteht nicht; sie wäre mit dem Gedanken einer Prüfungs- und Erprobungszeit im Widerspruch. Bezieht man sich hiergegen auf den germanischen Verlobungsbegriff, so ist dies eben ein durch die Jetztzeit überwundener Begriff; denn die Jetztzeit will die Verlobung nicht als Vorehe, sondern als freie Probezeit, allerdings unter voller Aufrechterhaltung der Regeln der bona fides.

[71a]) Vgl. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft III. S. 353 fg.

Digitized by Google

Unterhaltung wegen oder gar aus pekuniären Motiven; oder wenn gar Jemand ein Heirathsversprechen gegeben hat, um das Weib zu verführen und die höchste Hingabe zu erlangen. Wer ein Weib verführt hat, ist schon an sich zur Entschädigung verpflichtet; wer aber in einen Brautstand getreten ist ohne ernstliche Eheabsicht, der mißbraucht in der gröbsten Weise ein Institut, welches die Gesellschaft als Probeinstitut der Ehe geschaffen und geweiht hat. Und zwar wird ein solcher nicht deshalb haftbar, weil er auf das Verlöbniß hin nicht heirathet, sondern deshalb, weil er ein Verlöbniß eingeht, das er nicht eingehen soll. Hier ist zwar auch kein Zwang zur Eheschließung und keine Pflicht zur Eheschließung begründet, wohl aber eine volle Entschädigungspflicht für das damnum praeteritum, aber nicht blos für den Vermögensschaden, sondern auch für den moralischen und psychischen Schaden, insbesondere für die Schädigung der Frauensperson, deren Existenz und Lebensglück damit vielleicht für lange Zeit zerstört oder gar geknickt ist.

Was die französische Jurisprudenz betrifft, so neigt sie sich der Annahme zu, daß eine Entschädigung wegen Lösung des Verlöbnisses an sich (also eine Entschädigung für positiven Schaden) nicht begründet ist,[72]) wohl aber eine Entschädigung für den Schaden, welchen der andere Theil durch das Verlöbnißwesen erlitten hat, den er nicht erlitten hätte, wenn das Verlöbniß nicht eingetreten wäre (negativer Schaden). Doch kommt es viel auf die Umstände des Falles an; daher bietet die Jurisprudenz kein reines Resultat.[73]) Daß namentlich, wenn eine Verleitung der Frauensperson zur Beiwohnung stattgefunden hat, eine Entschädigung begründet ist, nimmt auch die französische Praxis an.[74])

---

[72]) Treffend bemerkt Dalloz, Jurisprudence générale v. Mariage no. 81 wegen der Freiheit:

„liberté qui, pour n'être pas illusoire, doit exister sans trouble, sans arrière-crainte, jusqu'au moment même de l'engagement solennel devant l'officier de l'état civil."

[73]) Vgl. die Literatur bei Dalloz, Jurisprud. génér. v. Mariage no. 79 fg. und Dalloz und Vergé, Codes annotés ad a. 1133 no. 193 fg.; auch die Allegate in der Entsch. des Obersten Landesgerichts München vom 30. Mai 1884 (Sammlung v. Entsch. X. S. 449); Kassationshof vom 30. Mai 1888, Zeitschr. f. franz. Civilrecht XX. S. 197.

[74]) Vgl. hierüber die oben zitirten Entsch. O.-L.-G. München (X. S. 450).

Digitized by Google

§. 12.

Bisher ist von Verträgen gegen die öffentliche Ordnung und gegen Verbotsgesetze die Rede gewesen. Hierbei muß aber noch ein Punkt berührt werden. Solche Verträge sind ungültig, wenn das gesetzliche Verbot sich auf den Rechtseffekt des Geschäftes mitbezieht, so daß der Rechtseffekt als der staatlichen oder gesellschaftlichen Ordnung widersprechend erscheint; nicht aber dann, wenn das Verbot sich auf Umstände bezieht, welche das Geschäft in seiner äußeren Entwickelung berühren, welche aber mit dem Rechtseffekt nichts zu thun haben.[75]) Wenn das Gesetz verbietet, am Sonntag während der Kirche Handel zu treiben, so ist es nicht der Rechtseffekt, sondern die ungeeignete Aeußerung des Handelstriebes, was das Recht verpönt. Aus demselben Grunde ist ein Geschäft gültig, welches schriftlich mit gestohlener Feder auf gestohlenem Papier errichtet wird, oder ohne Stempel, wo Stempelpflicht herrscht. Ebenso ist gültig ein Geschäft, welches Jemand abschließt, ohne Geschäftskonzession zu haben; denn die Geschäftskonzession bezieht sich nur auf die Führung, nicht auf den Erfolg des Geschäftes: wer keine Geschäftskonzession hat, handelt widerrechtlich, indem er Geschäfte abschließt, aber er handelt nicht widerrechtlich, indem er die abgeschlossenen Geschäfte erfüllt; er handelt hierin nicht widerrechtlich, denn die Rechtsordnung ist nicht dem zuwider, daß er erfüllt und zur Erfüllung gehalten ist, die Rechtsordnung ist nur dem zuwider, daß er derartige Geschäfte eingeht; würde er etwa kraft Erbgangs derartige Geschäfte übernommen haben, so wäre ja kein Zweifel, daß er zu erfüllen hätte. Darum richten sich die Zwangsmittel des Rechts nur gegen den Gewerbebetrieb und gegen den Abschluß von Rechtsgeschäften im Gewerbebetrieb, es gelten daher lediglich die Bestimmungen der Gewerbeordnung §. 15, 147 Ziffer 1; dagegen sind die abgeschlossenen Geschäfte civilistisch gültig, vgl. Artikel 11 H.-G.-B.[76])

Ebenso verhält es sich mit Glücksspielen, sofern die Rechtsordnung nicht dem Effekt des Glücksspieles widerstrebt, wohl aber

[75]) Vgl. hierüber meine Bemerkungen im Rechtsgeleerd Magazijn V. S. 352; auch Endemann, Civilrechtliche Wirkungen der Verbotsgesetze S. 114 fg.

[76]) Vgl. auch Rehm, rechtliche Natur der Gewerbekonzession S. 65 fg.

Digitized by Google

aus Gründen der Schicklichkeit, oder um den Spieltrieb nicht zu sehr zu ermuthigen, das gewerbsmäßige Bankhalten oder das Spiel an öffentlichen Plätzen verpönt (§. 284, 360 Ziffer 14 R.-Str.-G.-B.).

Wie es sich mit dem Verbot des Verkaufes auswärtiger Lotterielooſe verhält, ist davon abhängig, ob das Gesetz die Lotterie im Allgemeinen für ein unzulässiges Geschäft hält, das nur unter bestimmtem Vorbehalt als gültig betrachtet wird, oder ob das Gesetz das Lotteriegeschäft als solches nicht beanstandet, nur seinen Betrieb regeln und — allerdings im Interesse des öffentlichen Wohles — den Betrieb nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten will. Letzterenfalls ist das Rechtsgeschäft civilistisch gültig; es ist ebenso gültig wie ein Glücksspiel, das lediglich deshalb polizeiwidrig ist, weil es an öffentlichen Plätzen betrieben worden ist.[77]) Im Zweifel wird dieses letztere anzunehmen sein; insbesondere wird auch anzunehmen sein, daß, wenn Jemand einen (gültigen) Lotterievertrag im Auslande abgeschlossen hat, dieser Vertrag bei den inländischen Gerichten anzuerkennen ist; ein deutlicher Beweis, daß die Rechtsordnung nicht dem Erwerb der Looſe an sich, sondern nur dem Vertreiben, dem Verbreiten im Inlande widerstrebt.

Im Obigen ist entwickelt worden, daß, wenn es an der Erlaubniß zum Gewerbebetrieb fehlt, nicht auch die einzelnen Verträge innerhalb des Gewerbebetriebes nichtig sind. Anders verhält es sich jedoch mit Verträgen, die abgeschlossen worden sind, um den unerlaubten Gewerbebetrieb zu unterstützen; also beispielsweise mit einem Darlehn, mit einem Gesellschaftsvertrag zur Ausdehnung eines solchen Betriebes. Alles dies ist nichtig, sofern die Unterstützung eines solchen Geschäftes als eines unerlaubten — im bewußten Widerspruch mit der Rechtsordnung — dabei geplant worden ist; denn hier sind die Verträge die Unterstützungsmittel des Gewerbes, und dieses ist ja verpönt: das juristische Resultat des Vertrages widerspricht daher der Rechtsordnung. Ebenso verhält es sich mit den Verträgen zur Unterstützung des verpönten Glücksspieles u. a.

Wo also die öffentliche Ordnung dem Rechtseffekt widerstrebt, da ist das mit der öffentlichen Ordnung im Widerspruch stehende

[77]) Vgl. R.-G. vom 24. März 1887, Entsch. XVII. S. 299. Reiche Literatur bei Cohn in Endemanns Handb. III. §. 299 S. 87 fg. Vgl. insbesondere auch Wharton, Conflict of laws §. 487 fg.

Digitized by Google

Rechtsgeschäft ohne Effekt, also nichtig, unwirksam. Darum ist nichtig das wucherische Darlehn, darum ist nichtig der Truckvertrag, darum ist nichtig der Vertrag über Gegenstände, welche nicht oder nur unter besondern Umständen in den Verkehr kommen sollen. So wenn es sich um heimliche Arzneimittel und Gifte handelt:[78]) nicht etwa blos der Verkauf oder das Versprechen der Lieferung ist hier ordnungswidrig, sondern auch die Lieferung selbst, ja diese vor allem; darum ist ein in dieser Richtung hin abgeschlossener Vertrag nichtig.

Ebenso verhält es sich, wenn gewisse Gesellschaften oder Versammlungen verpönt sind und ein Wirth sein Lokal zu diesem Zweck zugesagt hat: nicht nur die Zusage des Lokals ist ordnungswidrig, sondern vor allem die Erfüllung der Zusage, das Darbieten des Lokales; darum ist die Zusage nichtig und der Wirth kann nicht zur Erfüllung gezwungen werden.[79])

Ebenso verhält es sich, wenn staatliche Monopolrechte oder private Immaterialrechte bestehen: hier ist es gerade das Resultat des Geschäftsbetriebes, welches der Monopolist oder der Immaterialberechtigte für sich haben soll; es sind nicht Interessen der Betriebsordnung, es ist das Interesse der Resultatwortheile, welches in Betracht kommt; ganz ebenso wie bei Finanz- und Steuergesetzen. Wenn daher ein Vertrag dem Monopol- oder Immaterialrechte zuwider abgeschlossen ist, so ist er nichtig und seine Erfüllung nicht erzwingbar, vorbehaltlich des Schadenersatzes an den gutgläubigen Kontrahenten; so wenn Jemand patentwidrig produzirte Waare kauft, oder Waare verkauft, um in dem Patentlande verbreitet zu werden; noch mehr natürlich, wenn zwei Personen in dieser Hinsicht einen Gesellschaftsvertrag abschließen, und zwar gleichgültig, ob der Vertrag in das in- oder ausländische Recht eingreift. Wenn im Inlande kein Patent besteht, dann ist es allerdings ein gültiger Vertrag, wenn der im Inlande produzirte Gegenstand im Inlande verkauft wird. Aber es wäre ein Unrecht, wenn im Inlande Gegenstände vertrieben würden, welche im Auslande unter Verletzung eines dortigen Patentes produzirt worden wären. Ein solcher Ver-

---

[78]) Vgl. auch Dalloz, Jurisprud. générale v. Obligation no. 586.

[79]) Vgl. Dalloz, Jurisprud. génér. v. Associations illicites no. 58.

Digitized by Google

kauf wäre keine Patentverletzung, aber er wäre ein Unrecht gegen das ausländische Patentrecht und darum gegen die Rechtsordnung verstoßend, wie die inländische Verbreitung von Waaren, welche im Auslande durch unrechte That erworben worden wären. Allerdings ist das Patentrecht territorial beschränkt, aber in seiner territoriellen Beschränkung ist es vom Inlande wie vom Auslande anzuerkennen.[80]) Noch unstatthafter wäre natürlich ein Vertrag, der dahin ginge, die im Territorium verbotene Produktion innerhalb dieses Territoriums durch Geldmittel zu unterstützen — sollte dieser Vertrag auch im Inlande abgeschlossen und zu erfüllen sein.

Dies gilt insbesondere auch, wenn ein Gegenstand in dem einen Staate Regie ist, in dem andern Staate nicht; und die entwickelte internationale Regel muß im Allgemeinen auch dann zutreffen, wenn die Produktion einer Waare im Staate nicht monopolisirt, sondern verboten ist; so wenn es sich um ein Geheimmittel, wenn es sich um verbotene Schriften handelt. Dies gilt jedoch nur mit einer wichtigen Beschränkung: wenn ein Staat einen Gegenstand für verderblich erklärt, der andere nicht, so kann der letztere den über solchen Gegenstand geschlossenen Vertrag nicht als nichtig betrachten, auch wenn der Gegenstand im ersten Staate produzirt worden ist; wenn beispielsweise ein Staat aus religiösen Gründen den Druck von Büchern einer bestimmten Konfession verböte, so wäre ein im Inlande abgeschlossener Vertrag über ein solches Buch vollgültig, auch wenn es in dem betreffenden Staate gedruckt wurde. Nichtig wäre allerdings ein Darlehn, welches gegeben würde, um in dem betreffenden Staate entgegen seiner Gesetzgebung derartige Bücher zu produziren: das Inland könnte immerhin das Buch nicht als unerlaubt, die Verbreitung nicht als verwerflich bezeichnen, aber das Inland müßte das anerkennen, daß in dem betreffenden Territorium die Produktion verboten ist, es müßte sich also zur Sache so stellen, wie wenn es sich um die Produktion erlaubter Gegenstände handelte, welche aber in Folge von Vorschriften gewerbe-

[80]) Das Inland hat nicht zu entscheiden, ob ein Engländer in England produziren darf, aber es hat zu entscheiden, ob ein Vertrag gültig ist, der in Deutschland bezüglich einer in England zu Unrecht produzirter Waare abgeschlossen wird. Die Entsch. des R.-G. vom 18. Juni 1890, Patentbl. 1890 S. 366, hat daher auf unsere Frage direkt keinen Bezug.

Digitized by Google

polizeilicher Natur im betreffenden Territorium verpönt wäre. Mit anderen Worten: das Inland würde das Resultat der Produktion für erlaubt, die Produktionshandlung im Auslande aber für verpönt erachten.

Noch weniger, als die genannten gewerbepolizeilichen Bestimmungen, kann eine gewerbliche Koalition mehrerer Produzenten, dahin gehend, daß Waaren nur zu bestimmten Bedingungen verkauft oder daß Arbeitsverträge nur mit bestimmtem Inhalt abgeschlossen werden sollen, es bewirken, daß ein diesen Vereinbarungen widersprechender Vertrag nichtig wäre.[81]) Derartige Vereinbarungen sind gar nicht im Stande, gewisse Veräußerungen oder Arbeitsverträge als dem juristischen Resultate nach verwerflich zu charakterisiren; solche Vereinbarungen können nur die Handlung der einzelnen vertragsschließenden Theile qua Handlung treffen, sie können nicht bestimmen, daß das Resultat eines solchen Handelns rechtswidrig oder antisocial wäre;[81a]) sie können es ebenso wenig, als etwaige Verträge darüber, daß am Sonntag kein Geschäft offen sein soll, oder daß am Samstag Nachmittag keine Haare geschnitten werden sollen: dem Publikum gegenüber einen Vertrag als widerrechtlich erklären, wäre ebenso, als wenn etwa Jemand sich von dem Käufer versprechen ließe, die gekauften Sachen nie zu veräußern und dieser es doch thäte; die widersprechenden Bestimmungen des Römischen Rechts im Sklavenverkehr haben besondern Bezug: denn auch die Römer haben bisweilen eine starke Anwandlung davon verspürt, daß der Sklave doch auch ein Mensch ist,[82]) oder sie wollten sich gegen die furchtbaren Folgen des Sklavenwesens sichern, sie fürchteten sich, wenn derjenige, der heute als Sklave mißhandelt wurde, morgen Herr wurde: die Behandlung solcher Klauseln im Sklavenverkehr beruht daher auf besonderen sozialpolitischen Rücksichten,[83]) die für uns bedeutungslos sind.

---

[81]) Ueber den Vertrag unter den Paciszenten vgl. oben S. 218.

[81a]) Mit anderen Worten: die Interessenten dürfen einander sagen: ihr sollt bestimmte Verträge nicht abschließen; aber sie können einander nicht mit Wirksamkeit sagen: ihr sollt die (trotzdem) abgeschlossenen Verträge nicht erfüllen.

[82]) So die Klausel ut manumittatur, ne prostituatur; vgl. Dig. 18, 7; Codex 4, 56 und 57, und dazu Bechmann, Kauf I. S. 281 fg.

[83]) Von höchstem sozialpolitischen humanitären Interesse ist die Klausel, ne manumittatur, ut exportetur, ne aliquo loci moretur, Dig. 18, 7; fragm. Vaticana

Digitized by Google

Das zeigt sich auch in der Art des Zwanges. Nehmen wir an, daß ein solches Kartell erzwungen werden könnte, so kann der Zwang nach Maßgabe des §. 775 der Civilprozeßordnung nur nach der Richtung begehrt werden, daß der Kartellbetheiligte keine im Kartell verbotene Geschäfte eingehe, er kann nicht in der Richtung ausgeübt werden, daß derselbe nicht Verträge, die er abgeschlossen hat, erfüllen solle; und wenn ein Friseur vor dem Kartell Jemandem versprochen hätte, ihn Sonntag Mittag zu frisiren, so könnte ein solcher Zwang zwar angewendet werden, daß er keinen neuen Kunden für die Sonntagsfrisur annehme, nicht aber daß er nicht die Kunden erledige, die von früherher ein obligatorisches Recht darauf erworben haben. Nur zu diesem Zwecke könnte durch Geldstrafe und Haft eingeschritten werden.

Anders verhält es sich mit dem Arbeitsvertrag, den Jemand mit dem A geschlossen hat, in welchen er mit Beihülfe des B dadurch eingreift, daß dieser ihn wissentlich während der dem A zugesagten Arbeitszeit in Arbeit nimmt. Denn die Arbeitszeit, welche dem A versprochen ist, kann der Arbeiter nicht verdoppeln, und wenn daher A ein Zwangsrecht auf die Arbeit dieser Zeit hat, so ist es ein Unrecht, diese Arbeitszeit dem A zu entziehen und sie dem B zu geben; ebenso wenn eine Wohnung an A vermiethet ist und sich B vor Lösung der Miethzeit des A einmiethet, oder wenn eine Sache an A verkauft ist und B sie kauft mit dem Bewußtsein, dadurch die

---

6; Codex 4, 55 und c. 5 Codic. 4, 57. Ganz besonders bezeichnend ist die Wandelung Papinians zwischen dem 10. und 27. Buche seiner Quästionen (fr. 7 und fr. 6 §. 1 de serv. export. 18, 7), wo er zuerst annahm: poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet; und viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset; — sich aber dann doch zur Meinung des Sabinus bekannte, wornach man in Konventionalstrafe verfalle, wenn bedungen worden ist, daß der Sklave nicht in Italien sein solle und der Käufer ihn doch in Italien hält. Die Furcht, welche man vor einem solchen Sklaven hatte, den man sich für immer vom Leibe halten wollte, ist am besten charakterisirt von Papinian im 3. Buch der Responsen (Fragm. Vatic. 6): propter pericula venditorum, qui vel metuentes servis suis offensam vel duritiam possunt paenitendo remittere. Uebrigens hatte die Jurisprudenz ihren Hauptausgangspunkt in der lex Aelia Sentia, vgl. Gajus I. 27. Vgl. auch noch über die variatio Papinians Cujaz, Observat. II. 37; es war dies nicht seine einzige variatio; vgl. c. 22 §. 3 de furtis.

Digitized by Google

Erfüllung an den ersten Käufer unmöglich zu machen. In diesen Fällen ist nicht etwa bloß der Abschluß, es ist der Vollzug des zweiten Vertrages, welcher dem ersten widerstrebt; wird der erste Vertrag erzwungen, so kann der zweite von selbst nicht zur Durchführung gelangen. Es beruht dies darauf, daß es statthaft ist, über seine Arbeitskraft für eine bestimmte Zeit zu verfügen in der Art, daß die Verfügung unter rechtlichem Zwange steht, und zwar in einer Weise, welche auch Dritte zu respektiren haben.

Daher sind derartige Verträge nichtig, sie würden nur dann konvalesziren, wenn das Recht des Dritten, zu dessen Verletzung man gewirkt hat, erlöschen, wenn etwa der Dritte von seinem Rechte zurücktreten würde.

Eine andere Frage ist es, ob der Verletzte gegen den zur Verletzung mitwirkenden Dritten einen Entschädigungsanspruch beziehungsweise ein Recht zur Sache hat: ein solches ist die konsequente Entwickelung des Gedankens, und heilsam für den Verkehr zur Erhaltung sittlicher Ordnung und friedlicher Abwicklung der Verträge. Damit ergiebt sich von selbst die Begründetheit des jus ad rem: es ist ein Recht, begründet im aequum jus, begründet darauf, daß, wer bewußtermaßen daran Theil nimmt, daß ein Gegenstand, auf welchen Jemand ein vertragsmäßiges, durch Zwang vollziehbares Recht hat, dem Berechtigten entzogen wird, dafür aufkommen muß. Und für ein solches aequum jus ist unser Rechtsbewußtsein genügend entwickelt, auf daß es in sofortige Anwendung gebracht werden kann; man denke nur an das Anfechtungsrecht, bei welchem es sich ja nicht einmal um eine spezielle Sachentziehung, sondern um eine allgemeine Vermögensentziehung handelt. Doch würde uns dies über unser Thema hinausführen.

Jedenfalls aber ist ein Geschäft, welches auf solche Weise das Recht des Dritten verletzen soll, unter den Paciszenten nichtig. Oder wäre es erträglich, daß etwa der Vermiether der Sachen oder Dienste (nehmen wir diese als höchst persönlich und unvertretbar an) gezwungen werden könnte, Sachen oder Dienste dem Dritten auszuliefern, während ein Anderer ein festes Recht darauf hätte und gleichfalls für sich exequiren lassen kann? Wie nun, wenn A den Arbeiter nach Maßgabe des §. 774 zwingen will, während des

Digitized by Google

Jahres für ihn zu arbeiten, und ihn B in gleicher Weise zwingen wollte? Soll der Arbeiter sich zertheilen?

Nach gleichen Grundsätzen ist der Fall zu behandeln, wenn Jemand versprochen hat, innerhalb bestimmter Zeit sich nicht an einem Konkurrenzgeschäft zu betheiligen. Etablirt er sich und schließt er Geschäfte, z. B. Käufe ab, so sind diese gültig. Tritt er aber in ein Konkurrenzgeschäft als socius oder Kommis ein, dann ist der Gesellschafts- oder Engagementsvertrag nichtig. Der Berechtigte kann den Paziszenten nach Maßgabe des §. 775 C.-P.-O. zwingen, keine Konkurrenzverkäufe abzuschließen, er kann ihn aber nicht zwingen, die abgeschlossenen Käufe unerfüllt zu lassen: die Erfüllung der abgeschlossenen Kaufverträge ist nicht contra jus und daher sind die Kaufverträge civilistisch gültig. Wenn aber ein solcher als Kommis eingetreten ist, so kann er kraft des §. 775 C.-P.-O. gezwungen werden, die Stellung als Kommis zu verlassen: denn die Arbeit des Kommis ist zwar nicht dem ersten dominus verfangen, aber dieser hat das negative Recht, daß diese Arbeit ihm nicht in bestimmter Richtung zum Schaden wird; und dieser Schaden entsteht eben gerade — nicht durch den Abschluß des Kommis- oder Gesellschaftsvertrages, sondern durch dessen Erfüllung, durch das Wirken in der Gesellschaft. So auch das in Busch 48 S. 351 citirte Urtheil des Appellgerichts Paris vom 26. Januar 1856; ferner Seinetribunal vom 27. Februar 1856 und Appellgericht Paris vom 3. Juni 1856 bei Rendu, Traité pratique des marques de fabrique no. 512 p. 353, 355. Es heißt hier in dem Urtheile des Seinetribunales (p. 354): Attendu que D . . . avait connaissance de la situation faite à B. et de la clause limitative d'exploitation à laquelle il s'était obligé; qu'en fondant, de concert avec ledit B., une société qu'il savait être viciée dans son principe par l'usäge abusif de son droit que pratiquait B., il a encouru, en tant qu'associé, la même interdiction que ce dernier, et doit être tenu dans les mêmes conditions à discontinuer l'exploitation, formée sous la raison sociale D. et B. . . . So auch R.-G. vom 24. Mai 1889 (Bolze, Praxis des R.-G. VIII. 460).

Oben ist von dem jus ad rem die Rede gewesen; in einem Falle muß dasselbe unbedingt angenommen werden, in dem Rechte gegen den Dienstherrn, welcher die Arbeiter eines Andern

Digitized by Google

während der Dienstzeit abspänstig macht und für sich haben will; er muß dem ersten dominus dafür aufkommen.

Dieses muß um so mehr gelten aus folgendem Grunde. Wir haben nicht, wie frühere Rechtsperioden, die Möglichkeit, ein quasidingliches, personenrechtliches Herrschaftsrecht an der Arbeitskraft eines Menschen zu konstituiren; die Arbeitskraft kann uns nicht dinglich, sie kann uns nur obligationsrechtlich zugesichert sein; um so mehr muß der obligationsrechtlichliche Schutz ein völlig ausgiebiger sein.

Mit Recht pflegt daher auch das französische Recht ein solches Abdingen der Arbeiter, ein solches embauchage mit Entschädigungspflicht zu ahnden, ebenso wie es Zunftordnungen und Gesindeordnungen bei uns geahndet haben, und Art. 125 der Gewerbeordnung bewegt sich gleichfalls auf dieser Bahn.[84]) Eins ist allerdings zu bemerken: Die Ahndung kann nur zur Entschädigungspflicht führen; eine etwaige zwischen dem Arbeiter und dem ersten dominus vereinbarte Konventionalstrafe bleibt zwischen ihnen. Die Kontrahenten können ein gewisses Werthobjekt in ihren Vertrag aufnehmen und dadurch Dritten entziehen, allein sie können nicht bestimmen, daß das Unrecht Dritter schwerere Folgen haben soll, als es von Gesetzes wegen hat: das können sie nur unter sich festsetzen.

Ein zweiter Fall des jus ad rem ist der Vertrag über Geheimnißbruch, über Geheimnißverrath.[85]) Ist das Geschäftsgeheimniß bei uns auch nicht strafrechtlich geschützt, so ist es doch civilistisch als Ausfluß des Individualitätsrechtes anzuerkennen; allerdings nicht in der Art, daß der Träger des Geheimnisses ein immaterielles Recht hätte an der im Geheimnisse schlummernden industriellen Idee, wohl aber in der Art, daß er ein Recht hat, daß nicht durch Verrath oder hinterlistige Erspähung das Geheimniß gebrochen werden solle. Wer auf solche Art das Geheimniß bricht, ist entschädigungspflichtig; ein Vertrag mit einem Dritten, daß das Geheimniß gebrochen werden soll, ist nichtig, denn das Individualrecht ist für Jedermann zu respektiren, und ein solcher Vertrag ist darum ebenso rechtswidrig, als

[84]) Vgl. hierüber und zum Folgenden meine Bemerkungen in Buschs Arch. f. Handelsrecht Bd. 48 S. 350 fg.

[85]) Vgl. auch: Aus dem Patent- und Industrierecht I. S. 91, 122.

Digitized by Google

ein Vertrag, wornach Jemand die Briefe eines Anderen heimlich lesen oder gar eröffnen solle; nichtig ist daher auch der Vertrag, wornach ein solcher Geheimnißverräther seinen Verrath mittheilen und die Früchte desselben zugänglich machen solle. Noch mehr aber: der Dritte, welcher auf solche Weise verkehrt, ist entschädigungspflichtig, allerdings nicht nach Maßgabe der Konventionalstrafe, aber nach Maßgabe des dem Individualberechtigten zugefügten Schadens.[86])

§. 13.

Dem oben entwickelten Prinzipe entsprechend, bestimmt der deutsche Entwurf §. 106: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig."

Diese Bestimmung ist tiefgehend: Die öffentliche Ordnung ist das Kriterium, vor welchem eine Menge von Verträgen nicht bestehen können, welche man nicht direkt als Förderung der Unsittlichkeit bezeichnen kann, namentlich die Suggestionsverträge. Die Motive stellen diese Ausdehnung als einen bedeutsamen gesetzgeberischen Schritt dar und erklären, daß hiermit dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gewährt wird, wie er großen Rechtsgebieten bisher unbekannt war. Es ist wünschenswerth, daß die Jurisprudenz auf dieser Bahn mit Kraft und Entschiedenheit vorwärts gehe. Was dem Ideale der Zeit widerspricht, widerspricht der Ordnung unserer Verhältnisse.[87])

Ebenso bestimmt der Entwurf richtig, daß, was aus solchen Geschäften geleistet ist, nicht zurückgefordert werden darf;[88]) dies

---

[86]) Literatur in Buschs Archiv Bd. 48 S. 352.

[87]) Nicht zutreffend scheinen mir die Einwürfe Gierke's (Entwurf eines bürgerl. Gesetzb.) S. 168 fg. Ich glaube, daß gerade hier der Richter eine sehr segensreiche Thätigkeit entfalten kann, wenn man ihm das volle freie Ermessen giebt. Das beweist die französische Praxis. Die Befürchtung, daß die Richter die im vorigen Paragraphen ausgeführten Grundsätze nicht beachten und Verträge für nichtig erklären, die auch nur accidentell mit einem Verbotsgesetz zusammenstoßen, hege ich nicht. Das Gesetz muß immer davon ausgehen, daß es durch einen juristisch durchgebildeten Richter gehandhabt wird. Ein Gesetz, das alle Mißverständnisse entfernen wollte, würde sicher zu einem verfehlten. Die „öffentliche Ordnung" bedeutet, was die sound policy des engl. Rechts.

[88]) Vgl. auch Art. 75 des Schweizerischen Obligationenrechts, auch Art. 17. Wie, wenn der eine Kontrahent A. das Geld nicht direkt dem anderen Kontrahenten B., sondern auf seine Rechnung dem Z. gegeben hat? A. hat keine Rückforderung, dagegen kann B. das Geld von Z. verlangen, da zwischen ihnen ein reines Deposital- oder Kreditverhältniß besteht, Myer VIII. 585.

Digitized by Google

aber nur, sofern wirklich geleistet ist: ein abstraktes Schuldversprechen, von dem einen Theil gegeben, steht einer Leistung nicht gleich, so daß nunmehr das Schuldversprechen (Wechselversprechen) unanfechtbar würde; ihm würde immer noch die exceptio doli entgegenstehen, allerdings nur gegenüber dem Mitkontrahenten und demjenigen, welcher im Bewußtsein der Sachlage den Wechsel erworben hat. Vgl. Entwurf §§. 684, 743 Z. 1.

In der That ist es die einzig richtige Behandlung solcher Verträge, ihnen nach beiden Seiten hin jede gerichtliche Geltendmachung zu versagen: non datur actio, non datur soluti condictio. Das Recht überläßt die Parteien sich selbst. Es bliebe allerdings noch die weitere Maßnahme übrig, daß der Staat das solutum konfiszirte, wie das auch wirklich im Preuß. L.-R. I. 16, §§. 172, 173, 205, 206, 210, 211 statuirt worden ist. Eine solche Konfiskation ist nun völlig angezeigt, wenn, wie bei der Bestechung, die Sache schon auf strafrechtlichem Wege zu staatlicher Kognition gelangt (§. 335 R.-Str.-G.-B.). Andernfalls aber ist es besser, wenn derartige Dinge im Dunkel verschwinden, als wenn der Staat solche Nachtseiten des menschlichen Treibens ans Licht zieht und den unsittlichen Gewinn für sich verlangt: straft er, so ist es angemessen, daß er auch konfiszirt; verfolgt er aber lediglich den Konfiskationszweck, so hat das kein gutes Ansehen. Soll der Staat auch der Dirne den Dirnenlohn, dem Kuppler den Kuppellohn, der Maitresse ihr Geschmeide konfisziren? Das würde des trüben Wassers genug aufwühlen. Muß im Leben trübes Wasser sein, so soll man das trübe Wasser im Hintergrunde lassen und nicht in die Sonnenbeleuchtung stellen. Prozesse derart sind Skandalprozesse und verursachen öffentliches Aergerniß, wodurch mehr Uebel bereitet als geheilt wird. Die richtige Behandlung hat auch das französische, englische und amerikanische Recht; vgl. Myer, Federal Decisions VIII §. 585.

Hiernach entscheidet in solchen Fällen lediglich und allein die präsente Lage des dinglichen Rechts. So wie das dingliche Recht sich gestaltet hat, sei es vor dem unsittlichen Vertrag, sei es nach dem unsittlichen Vertrag durch freiwillige Leistung, so ist die Sachlage Rechtens, und dieser dingliche Zustand findet, wie bereits gezeigt, den Schutz des Rechtes — ebenso sehr verweigert aber die Rechts-

Digitized by Google

ordnung jede Mitwirkung zur Aenderung dieses dinglichen Rechtszustandes nach Maßgabe der in der unsittlichen Vereinbarung übernommenen Verpflichtungen. Ist daher ein Unzuchtshaus zu Eigen übergeben, so bleibt es übergeben und die Zahlung des Preises kann nicht erzwungen, es kann auch nicht das Haus zurückverlangt werden; auch nicht Kraft einer lex commissoria, denn diese lex commissoria ist nur die dingliche Sicherung eines obligatorischen Versprechens. Ist aber ein pactum reservati dominii abgeschlossen, so ist das Eigenthum nicht übergegangen und die Uebertragung kann nicht gefordert werden.

Schwierigkeiten entstehen nur bei einem Gesellschaftsgeschäft zu unsittlichen Zwecken.[89]) Beruht die Gesellschaft auf lediglich obligationsrechtlicher Basis, sofern kein gemeinsames Gesellschaftseigenthum besteht, sondern lediglich ein Eigenthum der einzelnen socii mit gegenseitigen obligatorischen Verpflichtungen, so bleibt ein jeder socius in dem Eigenthum, das er hat, und alle Ausgleichsobligationen entbehren des rechtlichen Schutzes.

So bemerkt der Appellhof Limoges unterm 8. August 1879 (Sirey 79 II. p. 248) in einer Sache, in welcher ein Gesellschaftsvertrag zur Umgehung der Fiskalgesetze abgeschlossen wurde:

> qu'il est donc certain que les art. 1131 et 1133 C. civ., opposent aux réclamations réciproques de C. et de R. une insurmontable fin de non-recevoir;

und der Kassationshof unterm 8. November 1880 (Sirey 81 I. p. 248) bestätigt dies mit der Bemerkung:

> Attendu que les obligations contractées en contravention aux lois pénales ne sauraient donner aux parties le droit d'en réclamer la sanction et d'en poursuivre l'exécution devant les tribunaux.[90])

---

[89]) Vgl. zum Folgenden auch Troplong, Société no. 99—105; Pont, Société no. 53 fg. Vgl. auch fr. 57 pro socio (in Verbindung mit fr. 54 bis 56 eod.).

[90]) Vgl. auch die Entsch. des Appellhofs Nancy bei Troplong, Société no. 88. Daß etwas anderes dann gilt, wenn die Gesellschaft an sich eine lautere ist, aber bei dem Gesellschaftsbetriebe unrechte Dinge vorkommen, insbesondere bei der societas omnium bonorum, versteht sich von selbst; vgl. fr. 55 und 56 pro socio.

Digitized by Google

Ist aber die Gesellschaft so abgeschlossen, daß ein gemeinsames Gesellschaftsvermögen entsteht, so wäre allerdings die Regelung der Miteigenthumsverhältnisse und die Statuirung der Antheile normalmäßig nicht ohne Eingehen auf die gegenseitigen obligatorischen Beziehungen möglich; ein solches Eingehen darf aber nicht erfolgen, man darf sich den Nachweis nicht geben lassen ‚wie der A. die fremden Beamten bestochen und der B. durch künstliche Hülfsmittel die Zollbehörden getäuscht hat. Mithin bleibt nur das eine übrig, das Miteigenthum zu theilen nach Maßgabe des aus dem Vermögen der socii herrührenden Eigenthums, so daß der Zuwachs nach Maßgabe dieses Beibringens vertheilt wird, als ob es eine naturgemäße Entwicklung des beigebrachten Vermögens ohne menschliche Thätigkeit wäre — die Gesellschaftsthätigkeit wird negirt, ebenso wie die Aufwendungen, welche im Laufe der Gesellschaft aus dem Einzelvermögen gemacht worden sind.

Soweit der Grundsatz:

nulla actio, nulla soluti condictio.

Von diesem Grundsatz giebt es aber eine wichtige Ausnahme. Ist nämlich das Geschäft nicht zunächst unsittlich oder ordnungswidrig gegenüber der Allgemeinheit, sondern zunächst gegen das Recht eines Dritten verstoßend, so gilt zwar der Satz: Kein Theil kann die Erfüllung des Geschäftes begehen; hat aber eine Erfüllung stattgefunden, so kann ein jeder Theil das Geleistete zurückverlangen. Mit andern Worten, es gilt der Satz nulla est actio, es gilt nicht der Satz nulla est soluti condictio.[91]) So, wenn es sich um den Kauf einer fremden Sache handelt, so, wenn es sich um Dienstverträge handelt, welche Jemand gegen das Recht eines Dritten eingegangen hat. Und besteht die solutio in Leistung von Diensten, so kann für die geleisteten Dienste das betreffende Aequivalent verlangt werden; es kann nicht verlangt werden, daß das Verhältniß fortgesetzt werde, wohl aber, daß bezahlt werde, soweit die Dienste geleistet sind.

Der Grund ist einleuchtend. Hier handelt es sich um lediglich relative Unlauterkeiten, bei welchen es zwar auch ein Gebot der

[91]) Vgl. die Ausführungen in meinen Gesammelten Abhandlungen S. 224 fg., 269 fg.; auch die hier S. 264 citirte Münchener Entscheidung vom 9. Dezember 1871. Vgl. auch schon Kreittmayrs Anmerkungen über den Cod. Maxim. IV. S. 50. Bezüglich der Paulianischen Verträge vgl. mein Lehrb. des Konkursrechts S. 268 f.

Digitized by Google

Ordnung ist, daß sie nicht fortgesetzt, daß das Recht des Dritten in vollem Umfange restituirt werde, welche aber keinen so gehässigen Charakter haben, daß man ihretwegen nicht bei Gericht gehört werden darf; es sind Eingriffe in die Rechte Dritter, wie sie täglich vor Gericht verhandelt werden; wer hier sich als schuldig bekennt, würde zu hart behandelt, wollte man ihn alles verlieren lassen.[92])

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Eingriffe in das Recht des Dritten sich zum Verbrechen gestalten würden, wenn es sich beispielsweise um einen an den Diebstahl sich anschließenden Hehlerei- oder Partirereivertrag handelte, oder wenn eine schimpfliche Vertrauenswidrigkeit vorliegen würde. Wer gegen die Verabredung in ein Konkurrenzgeschäft als Kommis eintritt, kann für die Zeit seines Dienstes den Dienstlohn verlangen; aber er könnte es nicht, wenn ihm der Lohn speziell dafür versprochen worden wäre, daß er die Geschäftsgeheimnisse seines ehemaligen dominus verriethe, die ihm im Vertrauen mitgetheilt worden sind — dies auch dann nicht, wenn zwar ein Dienstvertrag vorläge, derselbe aber hauptsächlich die Tendenz hätte, das Vertrauen auf solche Weise zu brechen.

Bei solchen nur relativ unlauteren Verträgen kann es auch leicht vorkommen, was sonst eine Seltenheit ist,[93]) daß die Unsittlichkeit nur auf einer Seite liegt. A. kauft eine Sache und weiß nicht, daß es eine fremde ist;[94]) A. nimmt den B. in Dienst und weiß nicht, daß er noch bei X. im Engagement steht. In solchem Falle ist zu sagen: wer bona fide ist, kann zwar nicht den realen Vollzug des Geschäfts verlangen, welches ja in das Recht des Dritten eingreifen würde; aber er kann nicht nur alles von ihm Geleistete

---

[92]) Derartige Geschäfte können ja auch konvalesziren; vgl. Gesammelte Abhandlungen S. 284 fg.

[93]) Ein anderer Fall einseitiger Unsittlichkeit ist der des Wuchers. Es ist daher ganz selbstverständlich, daß der durch Wucher heimgesuchte Schuldner das Geleistete wieder zurück verlangen kann (Art. 3 des Wuchergesetzes). Eine Anomalie und m. E. ein gesetzlicher Fehler aber ist es, daß der Wucherer sein Kapital zurückverlangen kann (Art. 3 eod.). Dieses sollte von Rechts wegen verfallen sein.

[94]) Vgl. auch Kreittmayr a. a. O. IV. S. 50: Pasciscentes hingegen bleiben auch in Pacto rei alienae so weit unter sich verbunden, daß sie solches entweder in natura, oder da dieses etwan propter contradictionem Tertii nicht mehr geschehen kann, in pretio vel interesse rei unpartheyischen Anschlag nach prästiren . . . müssen.

Digitized by Google

zurückverlangen, sondern auch volle Entschädigung dafür begehren, daß das Geschäft nicht in reali zu Stande kommt; er kann verlangen, daß der andere Theil für den positiven Schaden aufkomme und ihm alles ersetze, was er hätte, wenn das Geschäft zur richtigen Durchführung käme. Schon die Römer sind diesen Weg gegangen; man denke an die Entscheidungen über den Kauf eines freien Menschen, welchen der Käufer für einen Sklaven hielt.

Soweit die Rechtsfolgen, welche sich bei unsittlichen und ordnungswidrigen Geschäften zwischen den Parteien entspinnen.

Eine andere Frage ist noch zu erledigen. Es kann sein, daß Jemand unter an sich schon unberechtigter Benutzung fremder Vermögensmittel noch im Besonderen unsittliche Geschäfte betrieben und daraus Gewinn gemacht hat. Ist er verpflichtet, diesen Gewinn — nicht dem Geschäftsgegner zu restituiren, wohl aber ihn dem Eigenthümer der fremden Sache, also einem Unbetheiligten, auszuliefern?

A. hat, während B. abwesend war, in dem Hause des B. ein Bordell gehalten, oder es hat Jemand in einem Erbschaftshause eine Spielhölle gepflegt, und schließlich stellt es sich heraus, daß nicht er, sondern ein Anderer der Erbe ist. Hier muß die Rechtsordnung sagen: den Gewinn aus der Kuppelei oder dem Glücksspiel berücksichtige ich nicht, auch wenn dadurch der Kuppler selbst sich bereichert; sie muß sagen: es darf gar nicht den Anschein haben, als ob das Recht einen solchen Gewinn als etwas Normales, als einen dem Besitze des Hauses entsprechenden Miethsgewinn ansieht. Das Recht darf es noch weniger dulden, daß der Kläger zu dem Kuppler sagt: Du hast objektiv in meinem Interesse gehandelt und das aus diesem Wirthschaften, in meinem Interesse, Erlangte hast Du mir zu ersetzen.

In der That, die Restitution des mittelst der fremden Sache gemachten Gewinnes kann von einem doppelten Gesichtspunkte aus begehrt werden. Der eine Gesichtspunkt ist der: wer fremdes Vermögen spoliirt, muß sich so behandeln lassen, als habe er den Gewinn nicht in seinem Spoliationsinteresse, sondern im Interesse des Eigenthümers gemacht (fr. 5 §. 5 [6 §. 3] de negot. gest.), als wäre er nicht als spoliator, sondern als trustee des Eigenthümers thätig gewesen.[95]) Von diesem Standpunkt aus müssen wir sagen: der

[95]) Vgl. meine Abhandlung in Iherings Jahrb. XXV. S. 123 fg.

Digitized by Google

Eigenthümer darf den spoliator zwar als seinen trustee behandeln, aber nicht in denjenigen Dingen, welche, wenn der dominus es selber thäte, unsittlich wären. Der dominus darf nicht sagen: ich hätte ja auch unsittlich handeln und von mir aus diesen Gewinn machen können.

Man kann ferner die Restitution des rechtswidrigen Gewinnes auf den Satz bauen, der Gewinn sei ein Gewinn ex re, ein Gewinn, welchen die normale Benutzung der Sache mit sich bringt und welchen daher die Sache auch in der Hand des Eigenthümers abgeworfen hätte. Auch dieser Gesichtspunkt trifft hier nicht zu: ein derartiger Gewinn ist nicht ein Gewinn ex re, d. h. ein normaler Sachgewinn, sondern ein Gewinn aus einer anormalen deliktuosen Sachbenutzung, vor welcher das Recht sein Haupt verhüllt. Ist es doch auch keine normale Sachbenutzung, wenn Jemand das Gebäude zu sonstigen deliktuosen Zwecken — ich will einen starken Fall setzen, wenn er etwa das Gebäude als Hehlerei-, als Diebesherberge oder als Lokal zu landesverrätherischen Zusammenkünften benutzt hätte. Das ist ein fluchwürdiger Mißbrauch und der Mißbrauch läuft auf Verantwortung und nur auf Verantwortung des Thäters, er läuft zu seinem Gewinn und Verlust.[96])

Allerdings würde die Annahme des Geldes durch den dominus noch keine Billigung des unsittlichen Treibens an sich involviren, wohl aber wäre sie eine Partizipation an den Früchten des Treibens, sie wäre eine Partizipation mit Rücksicht darauf, daß das Eigenthum des dominus mit zu diesem Treiben gedient hat. Wer aber mit Rücksicht auf die Mithülfe seines Eigenthums an dem unsittlichen Gewinn partizipirt, der thut etwas, das sittlich unhaltbar und verwerflich ist. Man hat zu bedauern, wenn die eigene Sache das Laster unterstützt hat, man hat nicht auch den Unrath mit zu verkosten, den das Laster an die Sache gehängt hat.

Trotz dieser gewichtigen Gründe hat das römische Recht sich dafür

---

[96]) Ob bei ehrlicher Vermögensbenutzung der fremde Benutzer nicht auch den extraordinären Gewinn herauszugeben hat, ist eine andere Frage. Es kommt darauf an, ob nicht der Gewinn mehr als eine Folge eigener persönlicher Thätigkeit zu betrachten ist, welche der Dritte dem Eigenthümer der Sache nicht schuldet. Wer mit Hülfe eines fremden Mikroskopes eine Erfindung gemacht hat, braucht die Erfindung nicht herauszugeben. Davon anderwärts.

Digitized by Google

entschieden, daß der possessor dem Eigenthümer, wie sonstige Miethgelder, so auch den Lohn der Bordellmiethe zu ersetzen hat. Ulpian thut dies, mit einer Begründung allerdings, die unser Gemüth im Innersten empört, in fr. 27 §. 1 de her. pet.:

> Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur.

Aber dieselbe Entscheidung ist noch in anderen Stellen gegeben, und mit anderer Begründung, nämlich in fr. 52 eod. von Hermogenion; es wird hier der Grund angegeben:

> ne honesta interpretatio non honesto quaestui lucrum possessori faciat,

und in fr. 56 eod. sagt Afrikan allgemein, daß der possessor die Früchte zu restituiren habe:

> etsi petitor eos percepturus non fuerat.[97])

Indeß ist der Grund, daß sonst der Kuppler selbst, als der schuldige Theil, begünstigt würde, unstichhaltig: ist der Erwerb unsittlich, so soll das Recht nicht dazu die Hand bieten, daß ein Anderer an der Unsittlichkeit theilnimmt, auch wenn auf solche Weise der Hauptschuldige im Besitz verbleibt; es mag auch mißlich sein, daß ein Haupthäter vereinbarungswidrig allen Gewinn einstreicht und dem minder betheiligten Gehülfen nichts giebt, und doch wird das Recht dem Gehülfen keinen Anspruch geben auf Antheil an dem Sündengewinn.

Was aber die Stelle des Afrikan betrifft, so ist es allerdings nach dem Obigen ganz richtig, daß man dem dominus auch solchen Gewinn zukommen läßt, den er faktisch zu erwerben nicht in der Lage gewesen wäre, — aber dies deshalb, weil ja jeder dominus, der hierzu nicht persönlich in der Lage ist, einen gestor einsetzen und auf solche Weise den Gewinn sich verschaffen kann; der Dritte muß sich eben wie ein solcher gestor behandeln lassen. Aber daraus ist nicht zu schließen, daß der dominus auch den unsittlichen Gewinn einstreichen darf, den ein Anderer gemacht hat;

---

[97]) Vgl. auch Francke, Kommentar über den Pandektentitel de Hered. Petit. S. 317.

Digitized by Google

denn der dominus darf sagen: was ich nicht selbst hätte vollbringen können, hätte ich durch einen gestor vollbracht; aber er darf nicht sagen: ich hätte durch einen gestor ja auch das Unsittliche vollbringen können, ich hätte ja auch einen Bordellhälter einsetzen und den Gewinn einstreichen können. Dazu kommt noch Folgendes: Der ganze Gedanke, den spoliator als gestor, als trustee zu behandeln, ist ein Gedanke der aequitas; wer aber das Aequitätsrecht anruft, der muß, wie der englische Richter sagt, mit reinen Händen vor Gericht erscheinen.

Ich kann nur annehmen, daß die römischen Juristen durch das Juventianische S. C. etwas aus der Bahn gekommen sind und mit der geflügelten regula: omne lucrum auferendum esse, auf Abwege geriethen, worauf dann allerdings der Cynismus Ulpian's die Sache besiegelte.

Daß die römische Entscheidung nicht zu billigen ist, ergiebt sich noch aus folgenden Beispielen: Ich habe einen Kahn am Ufer befestigt, den ich auch zeitweise ausleihe. In einem Kriegsfall bietet ein feindlicher Spion dem X. 1000 Mark, auf daß er ihn zum Zweck einer wichtigen militärischen Nachricht über den Fluß setze; X. nimmt meinen Kahn und setzt ihn über. Werde ich von dem X. das Sündengeld, die 1000 Mark verlangen können? Der Selbstmörder bietet dem X. 1000 Mark, daß er ihm sofort eine Pistole gebe; X. giebt ihm meine Pistole und nimmt die 1000 Mark in Empfang; der Selbstmörder entleibt sich. Werde ich von dem X. die 1000 Mark beanspruchen können? A. stiehlt aus der Dynamitfabrik ein gehöriges Quantum und erhält von einem Subversisten, der lange vergebens Dynamit gesucht, 1000 Mark. Soll die Fabrik die 1000 Mark von dem Diebe verlangen können?

Nein;[98]) es wäre dies eine nachträgliche Betheiligung am Sündengelde, und zwar eine nachträgliche Betheiligung mit Rücksicht auf den leidigen Umstand, daß die eigene Sache leider der Sünde und dem Verderben gedient. Wer sollte sich dafür nachträglich bezahlen lassen?

Eins ist noch beizufügen: Allerdings kann ich, wenn Jemand

[98]) Ueber die Entscheidung der Moralisten vgl. auch noch Lönartz, die Restitutionspflicht des Besitzers fremden Gutes S. 159, 161.

Digitized by Google

mein Haus zum Bordell degradirt hat, von dem possessor eine weitgehende Entschädigung verlangen; denn mein Haus hat dadurch einen Makel angenommen, der nicht so leicht zu verwischen ist. Den Betrag dieses Schadens zu bemessen, ist Sache des Richters, er ist dommage moral, von welchem unten noch weiter die Rede sein wird. Daß man einem solchen Kuppler unter der Rubrik Entschädigung wegen Degradirung des Hauses seinen Sündengewinn oder einen beträchtlichen Theil desselben abnimmt, damit bin ich völlig einverstanden. Aber dann wird ihm das Geld nicht darum abgenommen, weil mein Haus ihm als Hülfsmittel dieses Gelderwerbes gedient und sich dadurch an diesem Gelderwerb betheiligt hat, sondern darum, weil er umgekehrt durch diese Benutzung meines Hauses als Mittel des Gelderwerbes mein Haus heruntergebracht hat, wenn auch nur moralisch — die Wohnungen haben auch ihre Ehre, und Reminiscenzen dieser Art lassen sich nicht mit einem Schlage tilgen. Dann sagt der Eigenthümer nicht: ich will Deinen Gewinn, weil ich daran betheiligt bin, sondern: ich will Ersatz, weil durch einen derartigen Gelderwerb mein Haus in Verruf gebracht worden ist.

Soweit die unsittlichen und ordnungswidrigen Geschäfte. Ein Punkt ist dabei noch zu erörtern. Verträge, welche das Inland für unsittlich erachtet, sind im Inland nicht vollziehbar, auch wenn sie unter der Herrschaft eines Rechtes abgeschlossen wären, welches einen solchen Vertrag für gültig erachtet; ebenso sind diese Verträge in der Jetztzeit unvollziehbar, auch wenn sie zu einer Zeit abgeschlossen wurden, in welcher sie noch als erlaubt galten: die Bestimmungen über Sittlichkeit und Unsittlichkeit sind absolut bindend; auch hat sie der Richter stets von Amtswegen zu berücksichtigen. Vgl. OLG. Dresden, 12. April 1881 in Wenglers Arch. 1881 S. 730; Myer VIII. §. 518, 542, 543, 546, 547.

§. 14.

Bisher ist von der Berücksichtigung des Sittlichen und Unsittlichen im Obligationsrecht die Rede gewesen. Sollte auch das dingliche Recht daran theilnehmen? Sicher. Ein Servitut zur Beförderung der Unsittlichkeit wäre natürlich null und nichtig. Was aber das Eigenthum betrifft, so ist zu beachten, daß das Eigenthumsobjekt, wenigstens was seinen Rohstoff anbetrifft, auch zu

Digitized by Google

andern Zwecken, als zu der ersten und hauptsächlichen Zweckbestimmung tauglich ist. Eigenthumssachen werden darum, auch wenn zu unsittlichen Zwecken hergestellt, nicht aufhören, möglicher Gegenstand des Eigenthums zu sein.

Wohl aber zeigt sich die Frage wieder im Nachbarrecht. Es ist Störung des Nachbarrechts, wenn Jemand neben meinem Hause ein Bordell errichtet, auch wenn dadurch der materielle Werth meines Hauses in keiner Weise geschädigt wird, und der Miether hat das Recht der Auflösung des Verhältnisses, wenn im Hause oder daneben sich ein Bordell aufthut.[99])

Namentlich zeigt sich dieses Prinzip aber im Erfinderrecht. Ein Patent für eine Erfindung zu lediglich sittenwidrigem oder ordnungswidrigem Zwecke wird nicht gegeben, und ordnungswidrig ist alles dasjenige, was in seinem bestimmungsgemäßen Gebrauche zum direkten Verderben der Menschheit ausschlagen würde; so z. B. ein Mittel der fakultativen Sterilität,[100]) so insbesondere auch eine Erfindung zur Förderung des Hazardspieles.[101])

Ebenso ist nichtig das Autorrecht an einem unsittlichen Werke, soweit dasselbe unsittlich ist.[102]) Nichtig ist die Marke, die eine Unsittlichkeit oder einen Angriff gegen die Ordnung der Dinge in sich enthält. Eine an sich ordnungsmäßige Marke, die aber lediglich für unsittliche Waaren angemeldet ist, ist gleichfalls nichtig, nichtig ein Ladenschild eines unsittlichen Etablissements. Darüber habe ich in meinem Recht des Markenschutzes S. 214 fg. weitere Entwickelung gegeben.[103])

§. 15.

Der Idealismus des Rechts zeigt sich aber nicht nur im Kampfe mit dem Unsittlichen; er zeigt sich auch in dem Schutze des Ideellen.

---

[99]) Vgl. auch Janggen, Darstellung und Kritik der Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts über die Sachmiethe S. 37 und 46.

[100]) Vgl. mein Patentrecht S. 70, Robolski, Theorie und Praxis des Patentrechts S. 40.

[101]) Aus dem Patent- und Industrierecht II. S. 61 und die hier citirte amerikanische Entscheidung.

[102]) Autorrecht S. 199, auch Drone, Copyright p. 113.

[103]) Vgl. auch Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 21. Oktober 1887, Z. f. Schweiz. Recht, Neue Folge VII. (Revüe der Gerichtspraxis VI.) S. 13 fg.

Digitized by Google

Das Ideelle wird vom Recht geschützt, es wird insbesondere auch geschützt im Kreise des Vermögensrechts. Das Vermögensrecht, und insbesondere das Eigenthum, die wahre Burg des Vermögensrechts, würde völlig verkannt, wenn man hierbei nur die nichtideale, die sozusagen rein vermögensrechtliche Seite ins Auge fassen würde. Als nichtideal kann nur die Seite des Eigenthums betrachtet werden, welche auf Erzeugung von Vermögenswerthen gerichtet ist, sei es durch Produktion, sei es durch Veräußerung der Sache. Als nichtideal ist auch noch die materielle Konsumtion zu bezeichnen. Allein darin geht das Eigenthum nicht auf; es hat viele Seiten, die als ideal, als im höchsten Maße ideal zu bezeichnen sind. Ideal darf hier allerdings nicht blos im Sinne von asketisch, selbstverläugnend verstanden werden, denn Idealismus ist nicht identisch mit Pflicht und Pflichtgefühl;[104]) der Idealismus ist Alles, was auf Erhebung, Weihung, Heiligung der Person abzielt. Und dazu bietet das Vermögen die tausendfachen Hülfsmittel. Das Eigenthum am Garten mit seiner Idylle, das Eigenthum am Gemälde mit seinem Kunstgenusse, das Eigenthum an einem theueren Erinnerungsstücke, an einem Freundschaftsangedenken — alles das bietet Genüsse, welche weder unter die Produktion materieller Werthe noch auch unter die materielle Konsumtion fallen. Es ist hier ebenso wie mit dem Autorrecht; der Gegenstand des Eigenthums ist ebenso wenig des bloßen materiellen Verkehrs wegen da, als der Gegenstand des Autorrechts. Schon an anderer Seite habe ich darauf hingewiesen; es ist unrichtig, wenn man in dieser Hinsicht zwischen Eigenthum und Autorrecht hat unterscheiden wollen.[105])

Darum ist es ein Eingriff in mein Eigenthum, wenn Jemand durch meinen Garten geht, auch wenn er dadurch die Produktion meines Gartens in keiner Weise beeinträchtigt; es wäre sogar ein Eingriff in mein Eigenthum, wenn ich einen Fleck meines Landes absichtlich unbesät ließe und ein Anderer, nur weil er sich darüber skandalisirt, ihn trotz meines Verbots für mich besäen wollte;[106]) es ist

[104]) Ueber das letztere vgl. jetzt auch Deussen, der kategorische Imperativ S. 16.

[105]) Busch, Archiv Bd. 47 S. 176, 184 fg., Recht des Markenschutzes S. 342.

[106]) In fr. 7 §. 7 quod vi aut clam: si quid agri colendi causa factum sit, interdictum quod vi aut clam locum non habet, wird nur das Interdictum quod vi aut clam abgelehnt; dieses Interdikt verlangt aber nicht nur einen Eingriff, sondern

Digitized by Google

ein Eingriff in mein Eigenthum, wenn Jemand auf meinem Pferde reitet, sollte auch dieses Reiten dem Pferde nur vortheilhaft sein. Nur dann wäre eine Ausnahme zu machen, wenn etwa Jemand ein Thier durch Hungern quälen würde; soweit dieses Thierquälerei ist, würde das Füttern des Thieres nicht als Unrecht zu betrachten sein, der Geltendmachung des Eigenthums stände eine exceptio doli gegenüber. Anders wäre es, wenn ein wissenschaftlicher Forscher Experimente anstellte und etwa das Thier infizirte oder mangelhaft nährte: die im Dienste der Wissenschaft stehende Vivisektion ist erlaubt und unentbehrlich, und wer hier eingreift und etwa das infizirte Thier jeweils wieder kurirt, würde in das Eigenthum eingreifen. Ueberall zeigt sich eine Seite des Eigenthums, welche dem materiellen Werthe völlig abgekehrt ist.

Dies hat auch das Römische Recht bereits erkannt mit seiner weitgehenden negatoria actio. Die negatoria ist keine Entschädigungsklage im Sinne der Vergütung eines pekuniären Schadens. Die negatoria ist eine Klage zur Abwehr von Störungen, von Störungen aller und jeder Art. In höchst interessanter Weise hat sich hier das englische Recht geholfen. Das englische Recht gewährt in thesi nur Entschädigungsansprüche; aber in solchen Fällen giebt man einen Anspruch auf nominal damages, nur um es zum Ausdruck zu bringen, daß der Beklagte im Unrecht ist, daß er das Eigenthum verletzt hat und es nicht mehr thun darf. Vergl. Pollock, Law of Torts (London 1887) p. 157. 158. So heißt es denn auch in der Entscheidung Ashby c. White (ib. p. 159):

> „So a man shall have an action against another for riding over his ground, though it do him no damage; for it is an invasion of his property, and the other has no right to come there."

---

ein die Sache in ihrer bestimmungsgemäßen Entwicklung störendes opus: vgl. auch noch fr. 18 pr. und fr. 9 §. 3 eod; ähnlich wie die actio legis Aquiliae, fr. 27 §. 25—27 ad leg. Aquil. Dagegen verlangt auch das Interdikt keinen Vermögensnachtheil nach der produktiven Seite; daher hat der Usufruktuar das Interdikt, wenn Cypressen abgeschlagen werden, welche ihm Freude und Genuß bereiteten, fr. 16 §. 1 quod vi aut clam: si amoenitas quaedam ex hujusmodi arboribus praestetur, protest dici et fructuarii interesse propter voluptatem et gestationem. Vgl. auch Stölzel Lehre von dem Operis novi nunc. S. 385 fg., Mommsen, Beiträge z. Obligat.-R. II. S. 129.

Digitized by Google

Soweit das Eigenthum. Ebenso unrichtig aber, als die bloße Betonung des pekuniären Standpunktes beim Eigenthum, ist sie auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Es ist unrichtig, anzunehmen, daß eine Obligation ein pekuniäres Interesse des Gläubigers repräsentiren müsse, es ist unrichtig, anzunehmen, daß die Obligation nicht über das pekuniäre Interesse des Gläubigers hinausgehen dürfe. Die langjährige Geltung einer solchen Ansicht läßt sich erklären aus dem Bestreben, einen Halt zu finden, wo man die rechtsverbindliche Obligation von den vielen rechtlich unverbindlichen Versprechungen des Lebens abscheiden kann. Eine solche Grenze ist unvermeidlich; das Leben verspricht viel und hält oft recht wenig; den Lebensverkehr vor Gericht ziehen, würde alle Unbefangenheit und Heiterkeit des Daseins zerstören und das Leben zum steten Geschäft machen, eine stete Anspannung der Kräfte erfordern, welche für die (an sich schon zur Nervosität neigende) Menschheit geradezu verderblich wäre. Die Menschheit kann gar nicht existiren, ohne eine Menge von Zusagen und Propositionen, durch welche der Zusagende zwar eine Aussicht eröffnet, ohne daß er jedoch seine Persönlichkeit damit auslegt; indem er es vielmehr in seiner Diskretion haben will, nach Umständen, Verhältnissen, Stimmungen, Neigungen, persönlichem Befinden zu thun oder zu lassen; oder indem er sich zwar in thesi binden will, sich aber ein freies unkontrolirbares Ermessen vorbehält, so daß die Bindung juristisch unfaßbar wäre.[107]) Es ist hier dasselbe, wie mit den kleinen Ungeschicklichkeiten in vertrauten Kreisen, wo auch von einer Entschädigungsklage keine Rede sein kann.

Dieser Unterschied des Gefälligkeitslebens vom Verkehrsleben hängt aber durchaus nicht mit dem Unterschied zwischen Vermögens- und Nichtvermögensinteresse zusammen, in welcher Beziehung wir auf die Darstellung Ihering's in seinen Gäubahngutachten S. 67 fg. verweisen können; ebenso wie bezüglich des Nachweises, daß Obligationen, bei welchen ein anderes als ein pekuniäres Interesse obwaltet, vollgültig sind. Es wäre in der That eine unrichtige Ordnung der Dinge, wenn mir kein Rechtszwang zu Gebote stände, falls ich aus Menschenliebe den Arzt zu einem Bettler geschickt habe

[107]) Vgl. meinen Aufsatz in Iherings Jahrb. XXVIII. S. 242 fg.

Digitized by Google

oder falls ich den Gärtner bestellt habe, um das Portal des Nachbarhauses mit einem Willkomm zu kränzen, oder wenn ich mein Haus momentan ausschmücken lassen will, weil ein berühmter Mann die Straße passirt.

§. 16.

Das führt uns auf die Verträge über ideale Arbeit, auf künstlerische und wissenschaftliche Produktionen und ihre Anerkennung im Rechte. Daß wahrhaft wissenschaftliche und künstlerische Leistungen unschätzbar sind, daß sie auf Gebieten stehen, an welche das Vermögen mit all seinen Vortheilen nicht hinanreicht, ist ein idealer Satz, welchen das Recht nie aufgeben soll, und darum ist es ein richtiger Gedanke, daß eine Dienstmiethe in Bezug auf diese Leistungen unmöglich ist. Umsomehr muß das Recht des Honorars anerkannt werden, das Recht auf eine pekuniäre Leistung für dasjenige, was der geistige Arbeiter einem Anderen auf Verlangen leistet. Das Honorar hat nicht den Charakter des Aequivalents — denn derartige Leistungen äquivaliren sich nicht mit Geld; das Honorar soll dem geistigen Schöpfer die Mittel geben, im Leben eine Stellung einzunehmen, welche der imponirenden Macht seiner Leistung entspricht.

Es ist ein völlig falscher Standpunkt, es ist ein unrichtiger Idealismus, wenn man argumentirt: da die geistige Arbeit unbezahlbar ist, so soll überhaupt nichts bezahlt werden. Aber wenn die Arbeit nicht äquivalirt werden kann, so folgt daraus nicht, daß das Leben dem geistigen Schöpfer nicht eine Huldigung schuldig ist für seine Leistung und ihm nicht mindestens das bieten soll, was es ihm zu bieten vermag.

Auf der andern Seite darf man auch nicht sagen: Die Arbeit und auch die Arbeit für Geld sei etwas ehrenhaftes, man schiebe darum die Leistungen der Gelehrten und Künstler einfach unter die Dienstmiethe unter. Allein nicht darum handelt es sich, daß Arbeit für Geld nicht auch etwas respektables und ehrenwerthes sei, daß solche Arbeit nicht auch vielfach große geistige Kapazität verlange — sondern darum handelt es sich, daß das wissenschaftliche und künstlerische Leben außerhalb der Vermögenssphäre steht.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Künstler oder Gelehrte sich selbst der materiellen Produktion widmet bezw. sich der Produktion eines Andern unterwirft. Der Fabrikschemiker, welcher für die Fabrik

Digitized by Google

arbeitet, der Rechtskundige, welcher für die Fabrik die Patentansprüche macht, die Künstler, welche als Dessinateure angestellt sind, sie haben sich der materiellen Produktion eines Andern unterworfen, sie handeln für den Produzenten, in seinem Interesse, in der Richtung seiner Produktion.

Dagegen unterwirft sich der Künstler, welcher ein Freskobild malt, der Gelehrte, welcher ein Rechtsgutachten macht, der Advokat, welcher eine Rechtsausführung schreibt oder vorträgt, der Arzt, welcher einen Patienten kurirt, durchaus nicht der Produktion eines Anderen, er erkennt den Anderen als seinen Klienten, als seinen Schützling, vielleicht als seinen Mäcen, aber nicht als seinen dominus an; er behält sich die volle Freiheit seiner künstlerischen oder wissenschaftlichen Anschauung und die volle Selbstverantwortung vor seinem wissenschaftlichen Gewissen, wie vor dem Urtheile der Mit- und Nachwelt vor. Wer so handelt, der handelt im Verfolge des wissenschaftlichen oder künstlerischen Schaffens, der verfolgt eine ars liberalis, und seine Leistung kann nicht als eine durch Geld zu äquivalirende Dienstleistung betrachtet werden.[108]) Dies ist besonders auch für die Stellung des Advokaten bedeutsam; er kann sich nicht hinter seinen Auftraggeber stecken, er hat sich zu verantworten über das, was er thut und läßt, nach Maßgabe dessen, was man von einem verständig prüfenden vir bonus und einem wissenschaftlichen Manne verlangen kann. Daher ist auch das pactum de quota litis unstatthaft: der Advokat, wenn er auch für seinen Klienten auftritt, soll doch nur für ihn auftreten, wie er vor einer unbefangenener Prüfung bestehen kann; daher muß er der Sache als unbefangener, nicht persönlich betheiligter Dritter gegenüberstehen, er darf sich nicht bei dem Ausgange betheiligen.[108a])

§. 17.

Zu den schlimmsten Irrungen eines unrichtigen einseitigen Idealismus gehört aber der Glaube, daß für eine widerrechtliche That

[108]) Vergl. auch vortrefflich Löwenfeld in den Gutachten des Anwaltstandes über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 858 fg., 898 fg.

[108a]) Vgl. Appellhof Nancy vom 1. Juni 1840 bei Dalloz, Jurispr. génér. v. Avocat no. 269; Demolombe XXIV 378. Auch der §. 93 der Gebührenordnung gestattet solches nicht.

Digitized by Google

zwar Entschädigung, aber nur Entschädigung für sogenannten Vermögensschaden verlangt werden könne.[109]) Dabei wird Vermögensschaden in dem engsten Sinne genommen: auch wenn es sich um Eigenthumsschädigung handelt, so wird hierbei nur die oben gedachte materiale, nicht die ideale Seite des Eigenthums berücksichtigt: es soll eine Entschädigung nur gegeben werden, so weit das Eigenthum in der produktiven Seite oder nach der Seite des Vermögenstausches hin eine Minderung erfahren hat, nicht wenn Jemand mich in dem ruhigen Genusse des Eigenthums gestört hat, ohne daß dadurch eine Substanzentwerthung oder eine Minderproduktion eingetreten ist: in solchem Fall soll allerdings ein Anspruch auf Unterlassung gegeben sein, nicht aber ein Anspruch auf Entschädigung.

Aber es muß als eine Unvollkommenheit erklärt werden, wenn bei absichtlichen, frivolen Sacheingriffen die ideale Seite des Eigenthums nicht im Schadensersatz zum Ausdruck kommt. Bei fahrlässiger Beschädigung ist eine milde Behandlung des Thäters angezeigt, und dies um so mehr, je geringer die Schuld ist, welche bei der That im Spiele war. Aber bei frivoler, absichtlicher Sachbeschädigung ist eine in das Innerste des Schadens eindringende Entschädigung angemessen. Daß das römische Recht hier nicht zu durchgängig reinen Resultaten gelangt ist, ist sicher;[110]) zu bemerken ist aber, daß dasselbe in der weitgehenden actio injuriarum ein regulirendes Mittel hatte, um gerade bei frivolen Schäden da einzuschreiten, wo die actio legis Aquiliae nicht ausreichte, wie solches beispielsweise sehr frappant aus fr. 27 §. 28 ad leg. Aquil. hervorgeht. Das führte im Allgemeinen zu dem Richtigen; denn es wäre allerdings ungerecht gewesen, die kulpose Sachverletzung, die von der actio legis Aquiliae mit umfaßt war, im höchsten Maße zur Haftung zu bringen.[111]) Ebenso ist es allerdings eine besondere Frage, ob im

---

[109]) Vgl. zum Folgenden auch Patentrecht S. 651 fg.

[110]) Stellen bei Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II. S. 122 fg.

[111]) Ueber die Abmilderung der Entschädigungshaftung im Falle geringer Nachlässigkeit vgl. die Entsch. bei Dalloz-Vergé, Codes annotes ad a. 1382 no. 347. Treffend sagt bereits Merlin, Répert., v. Réparation civile §. III: si le délit n'est point de nature à mériter cette sorte de condamnation, on a égard aux facultés de celui qui l'a commis: l'intérêt de l'offensé quelque légitime qu'il puisse être, se trouve balancé par une raison d'équité qui ne permet pas de

Digitized by Google

Fall der Expropriation ein derartiger Idealwerth berücksichtigt werden soll: hier muß man ins Auge fassen, daß zum Zwecke des öffentlichen Wohles dem Einzelnen Opfer angesonnen werden können und es daher guten Sinn hat, wenn man hier zwar eine volle Entschädigung giebt nach Maßgabe des pekuniären Verlustes, die individuelle Störung aber, zwar nicht vollständig übergeht, doch nicht im vollsten Maße vergütet.[112]) Man pflegt bei der Expropriation die ideale Seite des Eigenthums um so mehr in Betracht zu ziehen, je mehr es sich um solche Richtungen des Sachgenusses handelt, welche sich dem Genusse Vieler eröffnen, und um so weniger, je singulärer, vereinzelter die Auffassung und Behandlung ist, welcher der Eigenthümer seinen Genuß verdankt.

So, was die Eigenthumsverletzung betrifft. Kein Wunder, daß man auch bei der Verletzung der Person jede Entschädigung absprach, soweit nicht die Störung des Wohlbehagens zu Vermögensverlusten führte, und schließlich war von einer Entschädigung für die Störung des inneren Wohlbefindens durch freche Lästerung, durch niederträchtige Zerrüttung höchster Glücksgüter, durch schmählichen Verrath und Wortbruch, durch Verletzung des Liebsten und Theuersten keine Rede mehr. Glücklich noch die Zeit, als man sich hier mit Geldstrafe half, als hier noch die actio injuriarum aestimatoria eine Rolle spielte — alles dieses soll verbannt sein, und nur in der Buße des Strafrechts hat man einigen, aber unvollkommenen Ersatz zu schaffen versucht.

Es ist richtig, ein idealistischer Gedanke liegt zu Grunde: der Gedanke, daß das innere Glück nicht für Geld feil sei, daß keine Geldsumme ein Aequivalent geben könne für die Zerstörung des inneren Glückes. Aber es handelt sich ja nicht darum, Lebensgenuß, Ehre, Freiheit zu verkaufen, sie gegen pekuniäre Leistungen preiszugeben, sondern es handelt sich darum, daß sie eine frevlerische Verletzung erfahren haben, daß in Folge dessen ein Gefühl des gestörten Wohlseins eingekehrt ist und daß man versuchen soll, in die verletzte Seele ein Gefühl des Wohlbefindens zu bringen, welches

réduire à l'impuissance d'exister un citoyen que les lois n'en ont point jugé indigne. Solange man allerdings keine Relation festsetzt zwischen der Höhe des Schadens und der Größe der Schuld, kann das Schädenrecht nicht gedeihen.

[112]) Vgl. Sieber, Recht der Expropriation S. 201 fg.

Digitized by Google

wenigstens theilweise die erlittene Störung wieder gut machen soll. Der idealistische Gedanke der Unmöglichkeit der vollen Ausgleichung kann ebensowenig dazu führen, daß man gar nichts giebt, als er dahin führen darf, daß man die Leistungen der Wissenschaft und Kunst gar nicht belohnt; was man nicht voll ersetzen kann, dafür muß man wenigstens einigen Ersatz geben, soweit ein solcher möglich ist; was zu hoch steht, dem muß man nahe zu kommen suchen, das darf man nicht geradezu auf der Seite liegen lassen.

Unzählige Ideale des Lebens lassen sich niemals ganz verwirklichen; aber darum müssen wir doch streben, sie zu verwirklichen, soweit es in unseren Kräften steht.

Dazu kommt nun aber noch ein Weiteres, und gerade das ist bedeutungsvoll: wir bekunden die Hochachtung gegen derartige Lebensgüter gerade dadurch, daß wir ihnen das Vermögen des Frevlers preisgeben; gerade dadurch erklären wir, daß wir derartige innere Güter höher stellen, als das Bischen Geld, welches wir dem Frevler abnehmen.

Seien wir in unseren Urtheilen doch durchaus nicht so prüde und zurückhaltend, wenn es sich um ein paar Hunderte von Mark handelt, sofern wir sie in die Lücken werfen sollen, welche Jemand dem Glücke und Frieden eines anderen gerissen hat! Gerade das ist ein Mangel des Idealismus, daß man von solcher Sprödigkeit in der Schätzung ist, wenn das Geld des Frevlers auf dem Spiele steht, dagegen all das Unheil und das Unglück, was er verursacht hat, viel zu leicht auf die Waage legt!

Es ist dies ein Mangel des Idealismus, von dem wir abkommen müssen! Messen wir die inneren Lebensgüter nach ihrem vollen Werth, schätzen wir das Vermögen, welches der Frevler geben kann, um für seine Verletzung aufzukommen, so wie das Vermögen dem Leben gegenüber zu schätzen ist! Thun wir nicht, wie es in der Lebensgesellschaft so oft vorkommt! Wie oft trifft man es, daß man ziemlich gering spricht, wenn die Lebensgüter einer Person zerrüttet, das Glück einer Frauensperson für immer untergraben wird; dagegen, wenn Jemand einige Tausend einbüßt, ist oft unendliches Wehklagen. Lassen wir uns auch hier nicht durch die Vulgäranschauung des Lebens beherrschen. Wie hart wird oft ein Urtheil empfunden, wenn Jemand einige Tausende zu bezahlen

Digitized by Google

hat, und wie wenig hat man Empfindung für das Weh, welches damit vergütet werden soll. Wird man es als übermäßig erklären, wenn Jemand für ein ausgeschlagenes Auge 10 000 Mark erhält — und doch hat das Reichs-Strafgesetzbuch §. 231 leider die Buße auf 6000 Mark beschränkt. Wir halten dies nicht für ein richtiges Verhältniß. Gerade wenn wir den idealen Gedanken der Unantastbarkeit der Lebensgüter hochhalten, müssen wir sagen: es ist immer nicht genug, was wir einem frivolen Verletzer der Lebensgüter an Vermögen entziehen, um es dem Opfer zu geben; wir müssen die Werthschätzung des einen und die des andern in ein annähernd richtiges Verhältniß rücken.

Allerdings beweisen wir diese Idealität auch schon durch ausreichende kriminelle Bestrafung; allein diese an sich reicht nicht aus: die kriminelle Bestrafung zeichnet oft mehr die soziale Seite des Fehltritts, weniger die individuelle, sie redintegrirt mehr die gesellschaftlichen als die individuellen Ideale, als die Ideale der Persönlichkeit in ihrer Unantastbarkeit und Heiligkeit. Greift man aber in die Gelder des Schuldigen, weist man sie der Person zu, die verletzt worden ist, so unterwirft man den frivolen Thäter dem Verletzten, man spricht aus: wehe demjenigen, welcher solche idealen Güter frivol zertrümmert.[113])

Bekanntlich wird der Gedanke von dem sog. dommage moral in der französischen Jurisprudenz reich vertreten, er wird dort hochgehalten, um die Unantastbarkeit der persönlichen Lebensgüter zum energischen Ausdruck zu bringen. Man vergleiche in dieser Beziehung die Nachweise in dem Werke von Sourdat, traité général de la responsabilité (3 Ed.) I. nr. 33 fg. Treffend bemerkt derselbe (I. nr. 33 p. 26):

> L'application de la peine suffit à la vindicte publique, mais la personne blessée dans ses affections, dans sa réputation, a le droit d'exiger une compensation parti-

[113]) Vom Standpunkte der dommage moral aus würde ich auch die Entscheidung des O.-A.-G. Dresden vom 11. April 1878 (Seuffert, Archiv 35 Nr. 134) billigen, wornach ein Geldversprechen, auf daß die Klage auf Ehescheidung zurückgenommen werde, gültig sei; die Geldsumme kann sich als vertragsmäßig festgesetzte Entschädigung für die erfahrene Kränkung rechtfertigen lassen.

Digitized by Google

> culière à sa souffrance; on la lui donne en argent faute de pouvoir faire mieux.

Und so die französische und belgische Jurisprudenz; so sagt beispielsweise das Tribunal Marseille unterm 10. Januar 1872 (Dalloz, Rec. Périodique 73 II. p. 57) [114]):

> qu'il doit tenir compte, non-seulement de la perte matérielle occasionnée à la veuve et aux quatre enfants . . . . . , mais encore du préjudice moral qui en est résulté, soit sous le rapport de la direction et de l'influence salutaire du père de famille dont les demandeurs sont privés, et enfin sous celui des liens d'affection à jamais brisés et de la douleur de perdre un père et un époux dans des conditions aussi déchirantes; attendu, néanmoins, que les dommages-intérêts ne peuvent être élevés à un chiffre hors de proportion avec la perte réelle et appréciable à prix d'argent. . . .

Auch das österreichische Recht erkennt den dommage moral an. Nach §. 1325 des bürgerlichen Gesetzbuches hat im Fall der Körperverletzung der schuldige Theil ein den Umständen angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen. Neuerdings hat der oberste Gerichtshof in Wien, am 17. Mai 1888 (Geller, Oesterr. Centralbl. für die juristische Praxis VII. S. 367, 368) erklärt, daß im Fall der schuldhaften Hervorrufung einer Frühgeburt die „Intensität" der durch eine Frühgeburt und durch den Verlust der Leibesfrucht hervorgerufenen physischen und psychischen Schmerzen zu berücksichtigen sei. Auch schon das Untergericht hatte erklärt, daß in dem Schmerzensgeld „auch eine Entschädigung für die psychischen Qualen" gefunden werden kann.

In Deutschland hat zwar das Reichsgericht am 27. Juni 1882 (Entsch. VII. S. 295) für das Gebiet des französischen Rechts angenommen, daß unter dem dommage der a. 1382, 1383 C. civ. nur Vermögensschäden zu verstehen seien. Allein die Gründe sind durchaus nicht stichhaltig. Das Reichsgericht besagt:

---

[114]) Vgl. ferner belgische Entscheidungen in Z. f. franz. Civilrecht XV. S. 176 fg., Vgl. auch noch die französische Entscheidung ebenda X. S. 508 fg. und Sirey, Gilbert unter Art. 1382.

Digitized by Google

„Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß das Gesetz in den bezeichneten Bestimmungen unter „dommage" etwas anderes verstanden habe, als in Artt. 1246 flg., das heißt: die Verletzung von Vermögensinteressen, denjenigen materiellen Schaden, der fähig ist, in Geld angeschlagen und durch Geld ersetzt zu werden."

„Ohne Zweifel können auch Ehrenkränkungen, Verleumdungen und dgl. einen materiellen Schaden zur Folge haben, den der Richter berücksichtigen muß, ohne daß die Schwierigkeit der Schätzung ein Hinderniß bilden könnte; allein der Zuspruch einer Geldsumme bloß mit Rücksicht darauf, daß Schmerzen verursacht, das Ehrgefühl gekränkt worden ist, würde sich nicht als die vom Gesetze gewollte Entschädigung darstellen, sondern als eine reine Privatstrafe, die beim Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung als statthaft nicht erachtet werden kann."

Soweit das Reichsgericht. Aber daß dommage moral und Privatstrafe zwei verschiedene Dinge sind, ist bereits anderwärts ausgeführt worden;[115]) ist denn unsere Buße Privatstrafe?

Was aber die Verweisung auf Art. 1246 fg. (sollte wohl heißen 1146 fg.) des C. civ. betrifft, so ist dort die Rede von Entschädigung wegen Nichterfüllung der Verträge, und zwar zumeist wegen Nichterfüllung von Vermögensverträgen. Daß hier natürlich der Schaden regelmäßig ein Vermögensschaden sein wird, versteht sich von selbst. Aber auch hier kann ein dommage moral vorliegen, und wenn er vorliegt, ist er zu vergüten. Der Arzt, welcher den Patienten, dessen Kur er übernommen hat, absichtlich im Stiche läßt, hat ebenso sehr für dommage moral zu haften, wie derjenige, welcher einem anderen eine Wunde geschlagen hat.

Die Entscheidung des Reichsgerichts hat denn auch in den Ländern des französischen Rechts wohl wenig Zustimmung gefunden. Vgl. die Ausführungen in der Zeitschr. für franz. Civilrecht XV. S. 176 fg., 505 fg.; und die Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 7. Februar 1887 (Zeitschr. für franz. Civilrecht XIX. S. 489 fg.) stellt sich vollkommen auf die Seite des dommage moral: Es ist hier gesagt:

[115]) Vgl. mein Patentrecht S. 651 fg.

Digitized by Google

„Der Art. 1382 C. civ. spricht von einem dommage überhaupt, in absoluten Worten ohne jegliche Unterscheidung, worin der Schaden besteht. Jeder Schaden muß daher wieder gut gemacht werden, der moralische so gut, wie der materielle. Der Gesetzgeber hat hier das Prinzip der möglichst vollen Ausgleichung eines jeden widerrechtlich zugefügten Schadens aufgestellt. Es sollte hiernach nicht nur die Beschädigung des Vermögens, sondern auch der an der Person des Verletzten zugefügte Schaden, als der körperliche Schmerz, die durch die Eingriffe in das persönliche Recht erlittene Aufregung, die Bekümmerniß, welche der Beschädigte empfindet, wenn ihm ein persönlich werthvolles Gut entrissen wird, die Ehre und der Stand, als die kostbarsten Güter, civilrechtlich soviel wie möglich gut gemacht werden, da der Verletzte nicht blos auf die Unantastbarkeit seines Vermögens, sondern auch seiner physischen und psychischen Integrität einen civilrechtlichen Anspruch hat" (ib. S. 493).

Des Weiteren heißt es (ib. S. 494 fg.):

„Der Einwand, seelischer Schmerz und Geld seien unvergleichbare Größen, erscheint nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Allerdings wird eine volle Vergütung für verletzte Idealgüter nicht möglich sein. Allein aus dem Umstande, daß wegen der Größe des Schadens volle Schadloshaltung undenkbar ist, kann doch nicht gefolgert werden, daß nun gar keine Schadloshaltung einzutreten habe. Eine Genugthuung durch einen Geldzuspruch ist ja nicht unmöglich. Es ist dies die „compensation particulière à la souffrance", welche die französischen Gerichte nach freiem richterlichen Ermessen für den erlittenen seelischen oder körperlichen Schmerz gewähren, — ein Gesichtspunkt, wie er auch im Schmerzensgelde des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts Anerkennung und neuerdings auch im Institute der „Buße" der Reichsstrafprozeßordnung Berücksichtigung gefunden hat."

Diesen vorzüglichen Ausführungen braucht nichts beigefügt zu werden.

Digitized by Google

Was vielfach von der Schwierigkeit, das Richtige zu finden, von dem Mangel eines festen Maßstabes u. A. gesagt wird, ist alles unstichhaltig. Hat doch auch der Strafrichter eine solche dynamische Abmessung zu vollziehen, wenn er zwischen 1 Tag und 5 Jahren Gefängniß, zwischen 1 Jahr und 15 Jahren Zuchthaus, zwischen 150 und 15000 Mark Geldstrafe das Richtige ausmitteln soll; gerade diese Abmessung ist eine eminent juristische Thätigkeit; allerdings keine Thätigkeit nach Maßgabe der Scholastik und Begriffsjurisprudenz, aber eine Thätigkeit nach derjenigen Jurisprudenz, welche als eine Kunst der richtigen Werthschätzung der Menschengüter und Menscheninteressen das menschliche Leben mit seinen Licht- und Schattenseiten auf die Wage des Rechts legt. In England hat man den Volksinstinkt zu Rathe gezogen, man hat die jury gerufen, um den Schadensersatz auszumessen, aber nicht ohne daß sie vom Richter ihre eingehende Belehrung bekommt; so hat dort der Jurist und der Mann des Lebens mitgewirkt, um zu richtiger Werthschätzung zu gelangen. Dies führt uns auf das englische Recht.

Was in Frankreich der dommage moral, das sind in England die vindictive und exmplarey damages. Wo immer die Verletzung eine Beschimpfung, eine Kränkung, einen schweren Eingriff in die Persönlichkeit enthält, geben die englischen Gerichte solche vindictive damages, die weit über den Vermögensschaden hinausgehen. Vgl. Addison, Wrongs and their remedies (5 Ed. 1879 von Lewis W. Cave) p. 71 fg. Hier ist gesagt (p. 72): Wherever the wrong or injury is of grievous nature, done with a high hand, or is accompanied with a deliberate intention to injure, or with words of contumely and abuse, the jury are authorised in giving, and may be told to give, vindictive damages. Hier ist auch ein Fall angeführt, wo Jemand zu 500 Lstr. verurtheilt wurde, weil er Jemanden seinen Hut abstieß.

Dies ist der richtige Schutz der Persönlichkeit.

Andererseits kann, wenn die Umstände den Fall als minder schwer erscheinen lassen, eine Milderung eintreten, z. B. wenn Jemand schwer gereizt worden ist (ib p. 73).[116])

[116]) Dahin gehört auch der Fall, wenn Jemand ein karrikirtes Bild eines Anderen ausgestellt hat und dieser es zertrümmert; eine englische Entscheidung hat in solchem Falle die Entschädigung sehr milde bemessen, Addison S. 73, 74. Es treffen hier die in diesem Arch. V. S. 88 entwickelten Grundsätze zu.

Digitized by Google

Ebenso spricht Pollock, Law of Torts, London 1887 p. 162, von „cases where there is great injury without the possibility of measuring compensation by any numerical rule, and juries have been not only allowed but encouraged to give damages that express indignation at the defendant's wrong rather than a value set upon the plaintiff's loss."

Noch in anderer Beziehung muß die Jurisprudenz idealistischer werden, auch die gesetzliche Rechtsordnung: ich meine hier insbesondere die Entschädigung des Unschuldigen für die erlittene Untersuchungs- und Strafhaft. Sollte Geld und Gut so hochwerthig sein, daß sie nicht zur Entschädigung gegeben werden für unschuldige Personen, welche das edle Gut der Freiheit und der Herzensruhe hingeben mußten für die Zwecke des Strafprozesses, d. h. für allgemeine Zwecke des Staats?[117]) Steht dies in einem Verhältniß zu der Empfindlichkeit, welche man überall beweist, wo Eingriffe in das Eigenthum erfolgen müssen? Und man spreche nur nicht von den finanziellen Opfern, die solches erfordert: müssen für die materiellen Lebenszwecke die Gelder aufgebracht werden, so muß die Menschheit sie auch für derartige ideale Interessen zu erschwingen wissen. Bringt man doch die Geldopfer auf, um neue Verbindungswege zu eröffnen, um die Gesundheit der Menschheit zu fördern, um die Agrikultur zu schützen; diese Opfer bringt man auf, wenn es gilt, zu diesen Zwecken Vermögen zu expropriiren: es wird trotz der enormen Kosten, welches dieses verursacht, ausgiebige Entschädigung geleistet. Sollte man die Opfer nicht aufzubringen wissen, wenn es gilt, Diejenigen zu entschädigen, welche völlig unschuldig ihre Freiheit hingeben mußten, auf daß der Staat den Strafprozeß mit Erfolg führen konnte? Hier stehen wir vor einem Postulat der Rechtsordnung, welches die Zukunft erfüllen muß, welches sie aber auch zweifellos erfüllen wird.

§. 18.

Das Recht soll sich in der Art entwickeln, daß es die Kulturideale stets hoch hält, daß es stets zum Ausdrucke bringt, die Menschheit sei nicht blos um der realen Genüsse, sie sei überhaupt nicht blos um ihrer eigenen Glückseligkeit willen da; es gebe auch

[117]) Vgl. Recht des Markenschutzes S. 4 fg.

Digitized by Google

höhere Dinge, die in dem Strom irdischer Schickungen mächtig sind und die Menschheit bewegen.

So lange die Menschheit die Ideale hochhält, wird sie nicht versinken im Schlamm des Irdischen, und in ständigem Fortschreiten nach neuen Zielen wird sie ihr Heil suchen. Und wie der Mann, wenn seine Jugendideale ihren Flor verlieren, sich neue Ideale vor das Auge zaubert und in ständigem Vorwärtsschreiten sein Heil findet, so wird auch die Menschheit stets fähig sein, verlorene Ideale durch neue zu ersetzen. Immerhin ist die Bildung neuer Ideale schwer. Haften wir daher mit Festigkeit an denjenigen, welche uns unsere Kultur bis jetzt gegeben hat.

Zusatz. Zu S. 181. Zu §. 1259 des Sächsischen Gesetzbuchs vergl. man auch O.A.G. Dresden 7. Dezember 1875, Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwaltung N. f. 44 S. 234, 241; 16. Dezember 1875 Wenglers Archiv 1876 S. 383; O.L.G. Dresden 12. April 1881 ib. 1881 S. 730.

Digitized by Google

7.

Die privatrechtlichen Körperschaften im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Justizrath **Lesse** in Berlin.

Wenn die neue Kommission zur Berathung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs auf die gegen den dritten Abschnitt des Allgemeinen Theils über die „Juristischen Personen" erhobenen Erinnerungen näher eingehen wird, läßt sich hoffen, daß sie diese Kritik für wohl begründet erachten und zu der Ueberzeugung gelangen wird, daß dieser Theil des Entwurfs jedenfalls unverändert nicht bleiben darf. Richtig ist allerdings, daß die vorliegende Frage seit den Verhandlungen des deutschen Juristentages vom Jahre 1888 die öffentliche Diskussion nur wenig beschäftigt hat. Aber daraus darf man nicht etwa folgern, daß es sich hier um eine Frage untergeordneter Bedeutung handle. Im Gegentheil, die gesetzlichen Bestimmungen über die juristischen Personen, vor Allem über die privatrechtliche Stellung der Vereine, greifen derartig in das praktische Leben ein und sind von solchem Interesse für weite Schichten der Bevölkerung, daß, wenn in letzterer Zeit über diese Fragen geschwiegen worden, man daraus nicht etwa schließen darf, daß auf dieselben kein Gewicht mehr gelegt werde, sondern höchstens, daß man — vielleicht mit Unrecht — glaube, es sei hierüber in den letzten Jahrzehnten, namentlich in Parlamenten und Versammlungen anderer Art Alles ausgesprochen worden, was überhaupt über die Sache gesagt werden könne. Wäre der Abgeordnete Schulze-Delitzsch, dieser unermüdliche Vorkämpfer auf dem Gebiete des Genossenschafts- und Vereinswesens, noch unter den Lebenden, er hätte gewiß schon laut seine Stimme erhoben und hätte wiederholt

Digitized by Google

nicht ohne die gewichtigste Unterstützung ausgesprochen und begründet, daß mit diesem kurzen und dürftigen Abschnitt über die juristischen Personen die in einzelnen deutschen Staaten längst erfüllten Ansprüche auf Regelung der privatrechtlichen Stellung der Vereine in keiner Weise für befriedigt erachtet werden können.

Es kann selbstverständlich nicht die Absicht dieser Zeilen sein, den vorliegenden wichtigen Gegenstand erschöpfend zu behandeln. Wer sich darüber näher orientiren will, findet in den Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, insbesondere in den Gutachten der Herren Geheimrath Professor Gierke in Berlin und Professor Rosin in Freiburg reiches Material.

Der § 42 des bezeichneten Abschnitts des Entwurfs lautet:

„Die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins und der Verlust dieser Persönlichkeit bestimmen sich in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen des Orts, an welchem der Personen-Verein seinen Sitz hat."

Der Juristentag hatte Gutachten über die Frage eingefordert:

„An welche rechtlichen Voraussetzungen kann die freie Korporationsbildung geknüpft werden?"

Gierke begann sein treffliches Gutachten mit der Bemerkung, daß zu den mancherlei Enttäuschungen, welche die Veröffentlichung des Entwurfs uns gebracht habe, die in §. 42 getroffene Bestimmung gehöre, beleuchtete sodann eingehend die Stellung des Entwurfs zu obiger Frage, den gegenwärtigen Rechtszustand, die erforderlichen Reformen und beantwortete endlich die Frage, auf welchem Wege die erforderlichen Reformen durchzuführen seien.

Besonders scharf geißelte Gierke, sowohl in seinem Gutachten, als auch als Referent bei der Verhandlung der Sache, daß es fast nur politische Erwägungen seien, die in den Motiven zum Entwurf gegen die Körperschaftsfreiheit angeführt würden und „wie durch diesen Standpunkt hauptsächlich nur die harmlosen, die nützlichen oder Wohlthätigkeitsvereine getroffen werden, die man eigentlich nicht treffen wolle. Die Abwälzung auf die Landesgesetzgebung sei ganz ungerechtfertigt, wenn irgendwo, so sei hier die Forderung einer durchgreifenden gemeinrechtlichen Norm begründet, von Stammeseigenthümlichkeiten oder eingewurzelten geschichtlichen Besonder-

Digitized by Google

heiten, vor denen die Rechtseinheit Halt zu machen hätte, könne hier nicht wohl die Rede sein."

Es ist bezeichnend, daß auf dem Juristentage, trotz der Herausforderung, welche die Ausführungen Gierke's hierzu enthielten, keine Stimme für die Vertheidigung des Entwurfs sich erhob, und der Juristentag darauf in seiner Plenarsitzung folgende Sätze annahm:

1. Das bürgerliche Gesetzbuch hat unter Vorbehalt der besonderen Reichs- und Landesgesetze über einzelne Körperschaftsgattungen allgemeine Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte zu treffen. Es hat dabei das Prinzip der freien Körperschaftsbildung zu Grunde zu legen.
2. Privatrechtliche Körperschaften, welche nicht unter ein Spezialgesetz fallen — Vereine für ideale Zwecke und wirthschaftliche Vereine, wenn sie nicht auf einen kaufmännischen oder gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind — erlangen die öffentliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit, wenn sie auf Grund gesetzlicher Normativbestimmungen in ein von dem Gerichte geführtes Vereinsregister eingetragen sind.

und zwar zu 1 einstimmig, zu 2 mit großer Majorität. Daß der Juristentag nicht alle einschlägigen Detailfragen regeln konnte, ist klar. So ist z. B. auch die wichtige Frage, worüber die Gutachten verschiedener Ansicht waren, ob allgemein der Registerzwang durchzuführen oder ob die fakultative Eintragung genüge, um den Verein schon auf Grund seines bloßen thatsächlichen Bestandes als ein Rechtssubjekt anzuerkennen, wenn er im Leben als solches erscheine — nicht zur Erledigung gebracht.

Es kann nicht auffallen, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich das öffentliche Recht mit einer gewissen Zurückhaltung behandelt hat. Im Gegentheil, die Rücksicht auf das öffentliche Recht der verschiedenen Bundesstaaten mußte hierzu führen. So ist es denn auch erklärlich, daß der Entwurf für die dem öffentlichen Recht angehörigen juristischen Personen resp. die Stiftungen den Landesgesetzen maßgebende Bedeutung zugestanden hat und wird man deshalb den Vorwurf des

Digitized by Google

Partikularismus nicht erheben können. Aber in dieser Rücksicht ist man jedenfalls zu weit gegangen, wenn man dieselbe sogar bei solchen juristischen Personen hat walten lassen, von denen man doch höchstens nur sagen kann, daß sie das öffentliche Recht streifen, wie dies bei den Vereinen für ideale Zwecke und gewissen wirthschaftlichen Vereinen der Fall ist.

Die Bestrebungen für reichsgesetzliche Regelung dieser Verhältnisse haben eine längere Geschichte.

Dreimal hat Schulze-Delitzsch eine Vorlage, betreffend die privatrechtliche Stellung der bezeichneten Vereine, beim Reichstage eingebracht, ohne daß ein Gesetz zu Stande gekommen wäre. Die Bedenken, welche Seitens der Bundesregierungen dagegen geltend gemacht wurden, waren wesentlich politischer Art. Man äußerte Bedenken gegen die Heranziehung der religiösen, politischen und der sog. Gewerkvereine, meinte auch, daß dieser gesetzlichen Regelung die Gesetzgebung über das Vereinswesen vom Standpunkte des öffentlichen Rechts vorausgehen müsse, ohne indessen diesen letzteren Einwand näher zu begründen. Die Reichstagskommission, welche die dritte Vorlage zu berathen hatte, trug den vorangeführten politischen Bedenken Rechnung (s. Anlage Nr. 190 der Drucksachen des Deutschen Reichstages, 1. Leg.-Periode III. Session 1872). Auf Antrag des Verfassers dieser Zeilen, der damals Mitglied dieser Kommission war, wurde im Einverständnisse mit dem Antragsteller, dem Abgeordneten Schulze-Delitzsch, bezüglich des ganzen Gesetzentwurfs nachstehender Antrag angenommen:

Dieses Gesetz findet keine Anwendung:

1. auf die in dem Handelsgesetzbuch aufgeführten Handelsgesellschaften, die Versicherungs-Gesellschaften und auf die im Gesetze vom 4. Juli 1868 charakterisirten Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, überhaupt auf alle Vereinigungen, welche auf Erwerb, Gewinn oder einen wirthschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind;
2. auf Vereine, welche politische oder religiöse Zwecke verfolgen oder ihnen thatsächlich dienen, auf geistliche Orden und Gesellschaften und religiöse Körperschaften jeder Art;
3. auf Vereine von Arbeitgebern oder Arbeitern, welche nach ihren Satzungen oder thatsächlich sich die Veranstaltung

Digitized by Google

von Arbeitsaussperrungen oder Einstellungen zur Aufgabe machen, insofern sie die Verpflichtung, sich an den die Verhütung und Schlichtung von Streitigkeiten über Lohn und Arbeitsbedingungen bezweckenden Einigungs- und Schiedsämtern zu betheiligen, nicht statutarisch anerkennen.

Die Zulassung, das Verbot oder die Beschränkung von Vereinen vom Standpunkte des öffentlichen Rechts wird durch das gegenwärtige Gesetz nicht berührt.

In der Verfassung und staatlichen Beaufsichtigung bereits bestehender Stiftungen oder öffentlicher Korporationen wird durch das gegenwärtige Gesetz Nichts geändert.

Allein auch nach diesen Beschlüssen kam ein Gesetz nicht zu Stande.

Die Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs (Band I S. 90. 91) sind gegen den bezeichneten Standpunkt der Bundesregierungen noch erheblich zurückgegangen. Sie erklären, der Versuch, die Vereine nach allgemeinen Kriterien zu sichten, sei nicht gelungen. „Der Name und der im Statut bezeichnete Zweck gebe keine Bürgschaft für das Gebahren eines Vereins. Nur die Würdigung der Gesammtlage im einzelnen Falle, die Prüfung eines jeden Vereins auf sein Verhältniß zum Gesammtwohl vermöge eine Gewähr zu bieten. Die gefährlichsten Vereine erschienen oft in dem unschuldigsten Gewande, die Erfahrung lehre auch, daß an sich harmlose Vereine unter dem Einflusse politischer Ereignisse in falsche Bahnen geriethen. Gegen das System der Normativbestimmungen sprächen überwiegende Gründe. Die in Bayern und Sachsen gemachten Versuche, dieses System durchzuführen, böten keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß diesem Vorgehen zu folgen sei. Das publizistische Vereinsrecht dieser Staaten möge einen solchen Schritt gestatten; für eine Uebertragung auf das Gebiet des gesammten Reiches fehlten die erforderlichen Garantien." Nach Ablehnung des Systems der Normativbestimmungen, und da man zum Konzessionssystem für das ganze Reich sich aus erklärlichen Gründen denn doch nicht entschließen mochte, entschied sich der Entwurf für die Normirung durch die Landesgesetze.

Die Hinfälligkeit dieser Begründung ist, wie erwähnt, in dem

Digitized by Google

Gierke'schen Gutachten und den sonstigen Verhandlungen des Juristentages überzeugend dargethan worden. Insbesondere wurde darauf hingewiesen, daß zur Beseitigung des vorerwähnten politischen Bedenkens die Einführung zweckmäßiger Bestimmungen über die Aufhebung des Vereins im Falle des Mißbrauchs genügen würde und bezüglich der Erfahrungen in Bayern und Sachsen mit der dortigen Vereinsgesetzgebung der gewiß nicht zu erbringende Nachweis hätte versucht werden sollen, daß die Uebertragung der dortigen Grundsätze auf das deutsche Reich nicht zuträglich sein würde.

Es ist mit Grund zu hoffen, daß die neue Kommission in ernste Erwägung ziehen wird, ob Veranlassung vorliege, sich den sehr weit gehenden politischen Bedenken des ersten Entwurfs anzuschließen und daß sie alsdann zu einem andern Resultat als der letztere gelangen wird. Zweifelhaft mag sein, auf welchem Wege man die Ergänzung des Entwurfes demnächst vorzunehmen habe.

Unserer Meinung nach wäre dies auf zweifache Weise möglich. Entweder man nimmt in das Gesetzbuch die Regelung der Verhältnisse der privatrechtlichen Körperschaften etwa nach Maßgabe des bayerischen und sächsischen Gesetzes vollständig auf, oder man beschränkt sich darauf, in unserem Abschnitte die wesentlichsten Grundsätze des privatrechtlichen Vereinsrechts, wie z. B. die über die Grenzen desselben, über Begründung und Auflösung, sowie Organisation der Vereine, Rechte der Mitglieder ꝛc. ꝛc. aufzustellen, das Weitere aber dem Einführungsgesetze resp. der instruktionellen Feststellung der einzelnen Staaten zu überlassen. Auch auf dem letzteren Wege ließe sich im Wesentlichen das erreichen, wonach auf diesem Gebiet seit Jahrzehnten gestrebt wird. Daß man hierbei leichter zum Ziele gelangt, wenn man sich dem in der Reichsgesetzgebung schon so vielfach mit Erfolg angewendeten Systeme der Normativbestimmungen anschließt, als wenn hiervon abweichend neue Grundsätze über den rechtlichen Bestand von Vereinen aufgestellt werden, bedarf keiner Ausführung, ohne daß wir es unternehmen wollen, hier näher darauf einzugehen, welcher dieser Theorien prinzipiell der Vorzug zu geben sei.

Zum Schluß noch einige Worte über die Frage, ob das praktische Bedürfniß nach der erstrebten neuen gesetzlichen Regelung auch für die Bewohner des preußischen Staats geringer werden würde, wenn

Digitized by Google

die Gerichtspraxis nach dem Vorgange der gemeinrechtlichen den erlaubten Gesellschaften mehr und mehr die Gerichtsstandschaft zuerkennen sollte. Nach dieser Richtung hin hat das Reichsgericht allerdings unterm 25. September v. J. eine beachtungswerthe Entscheidung gefällt. (S. Juristische Wochenschrift de 1890 Nr. 47, 48 S. 418.)

Ein Mitglied des mit Korporationsrechten nicht versehenen Vereins der Berliner Gastwirthe, durch Beschluß des Ehrengerichts dieses Vereins aus demselben ausgeschlossen, war mit dem Antrage auf Aufhebung des Beschlusses klagbar geworden. Das Königliche Kammergericht hatte die Klage abgewiesen, weil dem Vereine die juristische Persönlichkeit mangele und demselben daher die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden fehle. Das Reichsgericht hat das Gegentheil angenommen und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückgewiesen. In den Gründen heißt es unter Anderem:

> „Für das Preußische Recht ist die Auffassung, daß eine Körperschaft als juristische Person ohne einen Akt der Staatsgewalt ins Leben treten kann, ausgeschlossen. Dagegen steht der Annahme einer Gerichtsstandschaft der unter die Bestimmungen der §§. 11 fg. des Allgemeinen Landrechts Theil II Titel 6 fallenden erlaubten Privatgesellschaften die Bestimmung des §. 11 a. a. O., nach welcher dergleichen Gesellschaften im Verhältnisse gegen Andere keine juristische Person darstellen und als solche weder Grundstücke noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben können, nicht entgegen. Allerdings ist daraus, daß in den §§. 13 und 14 a. a. O. das Verhältniß gegen Andere im Gegensatz zu den inneren Rechten der Gesellschaften gebracht wird, der Schluß gezogen worden, daß der erlaubten Privatgesellschaft als socher die Fähigkeit, in ihrem Namen Prozesse zu führen, nicht beiwohnt, Prozesse über Rechte und Pflichten der Gesellschaft vielmehr nur von sämmtlichen Mitgliedern der Gesellschaft geführt werden können. Allein das Gesetz nöthigt zu dieser Auffassung nicht. Die Gerichtsstandschaft setzt begrifflich die juristische Persönlichkeit des Personenvereins, der als solcher klagen will, oder gegen

Digitized by Google

den als solchen eine Klage erhoben werden soll, nicht voraus. Das objektive Recht steht auch dem nicht entgegen, daß mit einer verfassungsmäßig vorgesehenen Vertretung einer erlaubten Privatgesellschaft nach außen die Vertretung der Gesellschaft in Rechtsstreitigkeiten durch das Gesellschaftsorgan, dem die Vertretung nach außen gebührt, ein für allemal verfassungsmäßig vorgesehen wird. Die Anerkennung einer solchen Möglichkeit der Vertretung einer erlaubten Privatgesellschaft in der Art, daß weder die sämmtlichen Gesellschaftsmitglieder als Kläger aufzutreten nöthig haben, noch auch eine Klage gegen sämmtliche Gesellschaftsmitglieder gerichtet zu werden braucht, daß vielmehr in dem einen wie in dem anderen Falle das zur Vertretung der Gesellschaft nach außen berufene Gesellschaftsorgan als Vertreter der Gesellschaft im Prozesse angesehen wird, ist auch durch das praktische Bedürfniß geboten. Denn die Prozeßführung würde, wenn alle Mitglieder einer erlaubten Privatgesellschaft als Kläger aufzutreten hätten, oder wenn Klagen gegen alle Mitglieder anzustellen wären, bei einer großen Mitgliederzahl der Gesellschaft und der dadurch bedingten häufigeren Unterbrechung des Verfahrens in Folge des Todes des einen oder des anderen Mitgliedes, der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des einen oder des anderen Mitgliedes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit eines Mitgliedes mit großen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten verbunden sein."

Bei aller Anerkennung dieser Ausführungen und des denselben zu Grunde liegenden Bestrebens nach zweckmäßiger Weiterbildung des Rechtes läßt sich doch kaum hoffen, daß einer solchen vereinzelten Entscheidung des höchsten Gerichtshofes die Gerichtspraxis allgemein folgen wird.

Auch das vormalige Preußische Ober-Tribunal hatte in einzelnen Entscheidungen ähnliche Grundsätze vertreten (s. Striethorst, Archiv Bd. 42 S. 66, Bd. 61 S. 44) und doch war es nicht gelungen, die altpreußische Gerichtspraxis der Annahme der Gerichtsstandschaft der bezeichneten Privatgesellschaften geneigt zu machen. So bleibt denn auch in dieser Beziehung das Bedürfniß nach der

Digitized by Google

von uns angeſtrebten Geſetzgebung beſtehen, abgeſehen davon, daß die Anerkennung der Gerichtsſtandſchaft noch lange nicht genügen würde, um den gedachten Geſellſchaften ihre Exiſtenz zu erleichtern, reſp. ihnen zu blühender Entwickelung zu verhelfen. Dazu gehört mehr. Daß dies der neue Entwurf uns bringen möge, iſt der berechtigte Wunſch weiter Kreiſe, und das wollen auch wir, wie Eingangs bemerkt, hoffen, ſo lange zu hoffen noch möglich iſt.

Digitized by Google

8.

Das gesetzliche Pfandrecht und das Pfändungspfandrecht nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Von Amtsrichter Dr. jur. **Max Mittelstein** in Hamburg.

I. Die gesetzlichen Pfandrechte.

1. Das gesetzliche Pfandrecht, welches im römischen Rechte so üppig wucherte, hat in neuerer Zeit immer mehr Boden verloren. Nachdem seine rechtliche Bedeutung durch die dem Pfändungspfandrecht von der Reichs-Civilprozeßordnung gegebene Tragweite, sowie durch die Vorschriften der Reichs-Konkursordnung über das Absonderungsrecht sehr stark beschnitten war, haben viele Landesrechte Anlaß genommen, gesetzliche Pfandrechte zu beseitigen.[1]) Dieser Prozeß hat seinen berechtigten Fortgang genommen in den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und eines Reichsgesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Inwieweit nach diesen Entwürfen noch gesetzliche Pfandrechte in Kraft sind, ist nicht leicht erkennbar, denn das gesetzliche Pfandrecht ist in ihnen nicht im Zusammenhange behandelt, sondern sehr zerstreut und so kurz, daß oft erst mit Zuhülfenahme der Motive Aufschluß zu gewinnen ist.

A. Grundstücke.

2. An Grundstücken[2]) kann nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches ein Pfandrecht nur durch Eintragung in die

[1]) Vgl. Mittelstein, Schiffspfandrecht, 1889 S. 11—12, 120.

[2]) Dazu gehören hier auch nichteingetragene Grundstücke; vgl. Motive zum B. G.-B. Bd. III S. 312 unter 4.

Digitized by Google

Grundbücher entstehen.[3]) Es gibt daher an Grundstücken gesetzliche Pfandrechte nicht. Ebensowenig können an ihnen solche durch richterliches Urtheil entstehen. An deren Stelle tritt vielmehr das Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek, der sogenannten Zwangshypothek.[4])

Auch die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück gewährt nach dem Entwurfe dem betreibenden Gläubiger ein gesetzliches Pfandrecht nicht — was für das Preußische Zwangsvollstreckungsgesetz streitig, jedoch richtiger gleichfalls zu verneinen ist[5]) — sondern nur einen durch die Beschlagnahme[6]) gesicherten Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung.[7])

Diese Grundsätze verdienen Billigung,[8]) denn sie wahren streng das Grundbuchprinzip. Soweit berechtigte Interessen, welche früher durch ein gesetzliches Pfandrecht oder Vorzugsrecht an Grundstücken gesichert waren, anzuerkennen sein sollten, ist ihnen durch Gewährung eines gesetzlichen dinglichen Titels auf Eintragung einer Hypothek Schutz zu verleihen. Solche Interessen sind von den Entwürfen nur insoweit berücksichtigt, als nach Artikel 74 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch bezügliche Vorschriften des Landesrechts zu Gunsten des Fiskus und anderer juristischen Personen unberührt bleiben und ein Recht auf eine Sicherungshypothek (B. G.-B. §§. 1130 Abs. 2, 1131) gewähren sollen. Weitergehend fordert Hilse,[9]) daß auch dem Werkmeister für Werklohn an der unbeweglichen Sache — wie dieser solchen Falls an einer beweglichen Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch §. 574 ein gesetzliches Pfandrecht hat — ein gesetzliches Recht auf Eintragung einer Arresthypothek (B. G.-B. §. 1132) beigelegt werde. Dem ist beizupflichten, wenn — wie auch Hilse andeutet — das Recht auf Geltendmachung dieses Titels befristet und von einer end-

[3]) Motive z. B. G.-B. S. 600—601; B. G.-B. §. 1130. Motive z. Zwangsv.-Ges. S. 94; Motive z. Einführungsgesetz z. B. G.-B. S. 199.

[4]) Motive z. B. G.-B. Bd. III S. 601. B. G.-B. §. 1130.

[5]) S. Mittelstein, Schiffspfandrecht, S. 112/113.

[6]) Zwangsv.-Ges. §§. 35, 37—39.

[7]) Zwangsv.-Ges. §§. 9, 10 und Motive S. 94.

[8]) Zustimmend auch Hilse und Brettner in diesem Archiv Bd. II (1889) S. 78/79 und S. 181/182.

[9]) Cit. N. 8 S. 73—80.

Digitized by Google

gültigen Billigung des Prozeßgerichts resp. des Grundeigenthümers abhängig gemacht wird.

B. Bewegliche Sachen.

3. Zu den beweglichen Sachen gehören nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches — ebenso wie nach dem geltenden Rechte[10]) — die Schiffe,[11]) auch wenn dieselben wegen ihrer Art und Größe in Ansehung der Zwangsvollstreckung wie Immobilien behandelt werden.[12]) Dies gilt insbesondere nicht nur für die Verpfändung,[13]) sondern auch für die gesetzlichen Pfandrechte. Weil aber die Schiffe auch in dieser Beziehung eigenartig sind, so sollen sie unter C gesondert betrachtet werden.

4. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches behandelt das gesetzliche Pfandrecht erschöpfend. Er geht aber davon aus, daß das Handelsgesetzbuch noch revidirt und namentlich durch Vorschriften über die Binnenschifffahrt ergänzt werden wird, und daß jedenfalls zunächst die durch das Handelsgesetzbuch begründeten resp. dem Landesrecht nachgelassenen gesetzlichen Pfandrechte[14]) neben dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft bleiben.[15])

5. Ebensowenig wie es nach dem Handelsgesetzbuche gesetzliche Generalhypotheken an beweglichen Sachen gibt, kennt der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches solche. Dieselben stehen mit dem möglichst durchzuführenden Faustpfandprinzipe in Widerspruch und sind deshalb zu verwerfen.

Dagegen wahren die wichtigsten gesetzlichen Spezialpfandrechte des Landesrechts das Faustpfandprinzip in mehr oder minder großem Umfange. Auch die vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten gesetzlichen Pfandrechte entsprechen dem, denn zu ihrer Entstehung ist, wie die folgende Einzelbetrachtung zeigen wird, stets und mit Recht erfordert, daß „der Pfandberechtigte oder ein Pfandhalter eine

---

[10]) S. Mittelstein, Schiffspfandrecht S. 1—3, 235.

[11]) V. G.-B. §. 781 Abs. 1. Motive z. V. G.-B. Bd. III S. 864 ob.

[12]) S. Mittelstein in Bd. IV S. 124 fg. dieses Archivs.

[13]) Darüber s. Mittelstein, Schiffspfandrecht S. 92—99.

[14]) H.-G.-B. Art. 374, 382, 409; und unten §. 13.

[15]) S. Note 1 und 2 zu Abschnitt II und Artikel 9 des Einführungsgesetzes zum V. G.-B.

Digitized by Google

gewisse, wenn auch zuweilen abgeschwächte Art von Inhabung des Pfandes erlangt hat." [16])

6. Was die einzelnen gesetzlichen Pfandrechte des B. G.-B. anbelangt, so schließen sie sich sämmtlich mit einer einzigen Ausnahme (s. §. 10) an einen Miethvertrag oder diesem nahestehenden Vertrag an. Den wichtigsten Fall bildet daher das Pfandrecht des Vermiethers, welches auch als Vorbild vom Entwurfe am eingehendsten in § 521 behandelt ist.

Daß der Vermiether eines Grundstückes überhaupt ein solches Recht erhalten soll, ist nach dem Stande des geltenden Rechtes [17]) selbstverständlich. Der Entwurf betont das Wort „Grundstück", weil er dem Vermiether einer beweglichen Sache z. B. eines Schiffsraumes, kein entsprechendes Recht gewähren will. [18]) Bei der Seltenheit der letzteren Fälle mag man dem beitreten, obwohl andererseits bei gegentheiliger Regelung keinerlei Interessen verletzt würden. Unter „Grundstück" sind offenbar [19]) auch dessen Theile zu verstehen, so daß auch der Untervermiether [20]) ein entsprechendes Recht hat. Daß endlich dieses Recht gerade als gesetzliches Pfandrecht charakterisirt worden ist, im Gegensatz zu einem nach vielen Landesrechten geltenden Vorzugsrechte, ist zu billigen, denn damit wird eine klare Rechtslage geschaffen. [21])

Dieses Pfandrecht besteht an den eingebrachten Sachen des Miethers (§. 521 Abs. 1 Satz 1), also nicht an denen eines Dritten, insbesondere auch nicht an den Sachen des Untermiethers. Letztere dürften jedenfalls nie weiter als für nicht gezahlte Untermiethe dem Hauptvermiether haften. Insoweit dürfte aber ein Pfandrecht des Hauptvermiethers auch in den Entwurf aufzunehmen sein, denn wenn auch alsdann „ungerechtfertigte Härten und miß-

[16]) Motive z. B. G.-B. Bd. III S. 807.

[17]) Daselbst Bd. II S. 402—404.

[18]) Daselbst Bd. II S. 404 Abs. 4. Solches Pfandrecht besteht nach hamburgischem Recht, s. Mittelstein, Schiffspfandrecht S. 125.

[19]) Daselbst Bd. II S. 404 Abs. 4 und Abs. 5 Zeile 2 von unten.

[20]) B. G.-B. §. 516.

[21]) Für das hamburgische Recht fehlt sie. Vgl. Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 403 ob.; Mittelstein, Hambg. Gesetz betr. Miethezahlung, 1888, S. 14 Anm. 3.

Digitized by Google

liche Verwickelungen" hervorgerufen werden könnten,[22]) und ferner auch der Hauptvermiether keine erhebliche Mehrsicherheit erlangt, so muß ihm doch diese gewährt werden, weil er nach dem Entwurfe dadurch ungünstig gestellt ist, daß die Sachen Anderer schlechthin nicht haften sollen. Dies wird von den Motiven mit den kurzen Worten abgefertigt, daß kein solches Bedürfniß anzuerkennen ist, obwohl doch nach ihnen das Gegentheil nach bayerischem, französischem sowie österreichischem und schweizer Recht gilt, denen noch[23]) das hamburgische Recht hinzu zu zählen ist. Es dürfte richtiger dieser Punkt in nochmalige Erwägung zu ziehen sein. In gewissem Umfange sollten jedenfalls die Sachen Dritter mithaften: wenn es vom Miether auf Abzahlung (unter Vorbehalt des Eigenthums) genommene Illaten sind,[24]) und dies dem Vermiether nicht vor der Einbringung bekannt gegeben ist. Namentlich in den größeren Städten hat unter den weniger Bemittelten dieses Abzahlungssystem derartig um sich gegriffen, daß ein Pfandrecht des Vermiethers oft illusorisch sein würde, wenn ihm solche Sachen nicht hafteten. Ist dies geltendes Recht, so werden die Betheiligten eventuell dafür sorgen, daß der Vermiether vor der Einbringung Kenntniß erhält. Dann ist aber auch der Vermiether wieder in der Lage, sich gegen derartige unsichere Miethreflektanten zu schützen.

Nach §. 521 Absatz 1 Satz 2 besteht das Pfandrecht nicht in Ansehung derjenigen Sachen, welche der Pfändung nicht unterworfen sind. Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus ist dem beizutreten.[25])

Der Vermiether hat das so umgrenzte Pfandrecht „wegen seiner Forderungen aus dem Miethvertrage" (§. 521 Absatz 1 Satz 1). Es wäre angebracht, das Wort „alle" vor „Forderungen" einzuschieben, wie es in den Motiven geschieht,[26]) und statt „Miethvertrag" lieber „Miethverhältniß" zu sagen,[27]) weil dadurch besser

---

[22]) So Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 405 ob.

[23]) Für das gemeine Recht vgl. Windscheid I. §. 231 Note 5.

[24]) B. G.-B. §. 459. Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 319, Bd. III S. 336.

[25]) S. Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 405/406.

[26]) Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 406 Abs. 2 Z. 8.

[27]) So das Hamburgische Gesetz vom 16. Mai 1888, betreffend Miethezahlung und deren Sicherung, §. 7 Abs. 1 a. E.

Digitized by Google

zum Ausdruck kommt, daß auch außerkontraktliche Forderungen hineinfallen.

Der Entwurf hat ferner auch keine zeitliche Grenze aufgestellt, weshalb es keinen Unterschied macht, ob die Forderungen rückständig sind oder erst künftig fällig werden. Es muß mit dem Reichsgerichte[28]) und den Motiven[29]) angenommen werden, daß die §§. 709 und 710 der Reichs-Civilprozeßordnung damit nicht in Widerspruch stehen. Allein diesen Vorschriften ist für rückständige Miethen durch §. 521 Absatz 5 Rechnung getragen: „Wird eine dem Pfandrechte des Vermiethers unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so kann diesem gegenüber das Pfandrecht wegen desjenigen Miethzinses nicht geltend gemacht werden, welcher auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung entfällt." Dem wird beizutreten sein, denn weitere Rückstände verdienen keinen privilegirten Schutz[30]) Gegenüber dem pfändenden Gläubiger müßte das Recht des Vermiethers aber auch in Ansehung der künftigen Forderungen eingeschränkt werden, zumal wenn man dem hier vertretenen Vorschlage folgen würde, daß auch Dritten gehörige Illaten verhaftet wären. Solchenfalls wird nämlich der pfändende Gläubiger regelmäßig nur Gegenstände vorfinden, welche dem Vermiether verhaftet sind. Dieser wird sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse (R.-C.-P.-O. §. 710) geltend machen, so daß in Folge dessen dem Miether Alles abgepfändet wird, ohne daß der pfändende Gläubiger Befriedigung erhält, während der Vermiether an Sicherheit eher verliert als gewinnt, weil der Verkauf den Miether ruinirt, und der Erlös gegenüber dem wahren Werthe der Sachen meistens gering ist. Es dürfte deshalb das Pfandrecht des Vermiethers gegenüber einem pfändenden Gläubiger auch nur für Forderungen geltend gemacht werden können, welche höchstens für das der Pfändung folgende Jahr validiren.[31])

Dagegen muß dem Miether gegenüber das Pfandrecht unbeschränkt gelten. Die darin etwa liegende Härte wird durch die

[28]) Entscheidungen in Civilsachen Bd. XIII Nr. 60.

[29]) Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 407 ob.

[30]) Daselbst S. 407 Abs. 2; vgl. R.-K.-O. §. 41 Nr. 4.

[31]) Vgl. die von den Motiven Bd. II S. 406 angeführten entsprechenden Gesetze Sachsens, Braunschweigs und Hamburgs, sowie der Schweiz.

Digitized by Google

Vorschrift von §. 521 Absatz 4 gemildert, wonach die Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers durch Sicherheitsleistung für die Forderung und in Ansehung jeder einzelnen diesem Rechte unterliegenden Sache durch Sicherheitsleistung bis zur Höhe des Werthes der Sache abgewendet werden kann, wobei mit Recht die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist.[32]) Einen ferneren Schutz gewährt dem Miether der Absatz 2 Satz 1 des §. 521, wonach der Vermiether der Entfernung derjenigen Sachen — obwohl diese an sich seinem Pfandrechte unterworfen sind — nicht widersprechen kann, zu deren Entfernung der Miether im regelmäßigen Betriebe seines Geschäftes oder dadurch veranlaßt wird, daß die gewöhnlichen Lebensverhältnisse die Entfernung mit sich bringen. Dem ist beizutreten, denn das Pfandrecht darf den gewöhnlichen Verkehr des Geschäfts und des bürgerlichen Lebens nicht beeinträchtigen.[33]) Sobald aber Thatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, daß diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind, so hat der Vermiether ein Sperrrecht, worüber der unten zu betrachtende Satz 2 des Absatzes 2 handelt.

Das Pfandrecht des Vermiethers „erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke, auf welches das Miethverhältniß sich bezieht, es sei denn, daß die Entfernung heimlich oder gegen den Widerspruch des Vermiethers erfolgt ist“ (§. 521 Absatz 1 Satz 3) oder daß der eben besprochene Fall des des Absatzes 2 Satz 1 vorliegt. Diese Regelung, welche dem gemeinen und preußischen Rechte entspricht, schützt allein den Vermiether gegen das sogen. Rücken[34]) und schädigt, wie unter 14 gezeigt werden soll, in keiner Weise Dritte.

Zur Sicherung des Vermiethers dient das sogenannte Sperrrecht. Dies ist durch §. 521 Absatz 2 Satz 2 dahin normirt, daß der Vermiether die Entfernung der Sachen im Wege der Selbst-

---

[32]) Vgl. B. G.-B. §§. 200—203, auch §. 234.

[33]) Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 408 Abs. 2. Vgl. das Urtheil des Hanseatischen Oberlandesgerichts C.-S. III vom 10. Mai 1890 i. S. Heydorn gegen Holst (Hanseatische Gerichtszeitung 1890 Beiblatt Nr. 114).

[34]) Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 407/408; Motive zur Reichs-Konkursordnung S. 211; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. VIII S. 100 bis 101.

Digitized by Google

hülfe (B. G.-B. §. 189)[35] — wofür der Entwurf selbst nicht so klar sagt: „ohne Anrufung des Gerichts" — hindern, und, wenn der Miether das Grundstück räumt, die Sachen in seine Inhabung nehmen darf, so daß er alsdann die Stellung eines Faustpfandgläubigers erlangt.[35] Nach Ansicht der Motive erlaubt es die Rücksicht auf die öffentliche Ordnung nicht, weitergehend dem Vermiether zu gestatten, im Wege der sofortigen Nacheile die Sachen eigenmächtig zurückzuschaffen.[35] Gestattet der Entwurf schon überhaupt in §. 815 Absatz 2 dem Inhaber einer beweglichen Sache, welchem diese durch verbotene Eigenmacht weggenommen ist, sie gewaltsam dem Betreffenden wieder wegzunehmen, so sollte man auch dem Vermiether das Recht geben, die ihm verhafteten Sachen, so lange sie noch auf dem Transport sind (also während des „Rückens"), gewaltsam in die Wohnung zurückzuschaffen, denn regelmäßig wird der Vermiether erst dadurch aufmerksam gemacht, daß der Miether Sachen hinaus gebracht hat. Daß nach §. 521 Absatz 3 der Vermiether berechtigt sein soll, vom Miether die Zurückschaffung der verschleppten Sachen und, wenn das Grundstück schon geräumt war, deren Inhabung zu verlangen, nämlich im Weigerungsfalle mit Hülfe der Gerichte, ist von selbst gegeben.

7. Nach §. 628 B. G.-B. hat der Gastwirth wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen desselben, worauf §. 521 entsprechende Anwendung finden soll. Dem ist beizutreten,[36] jedoch dürfte hinter „Gastwirth" einzuschalten sein „(§. 626)", denn nur der dort näher bezeichnete ist gemeint, wie die Motive zeigen.[37] Ferner würde „Beherbergung" in Anlehnung an §. 626 B. G.-B. treffender sein als „Wohnung". Daß §. 521 entsprechend anzuwenden ist, ergibt sich von selbst, denn auch ein solcher Gastwirth ist ein Vermiether. Schwierigkeiten könnte aber die Anwendung von Absatz 2 Satz 1 machen. Während der gewöhnliche Miether gerade Reiseutensilien fortschaffen darf, weil dies die gewöhnlichen Lebensverhältnisse mit sich bringen,[38] kann dies dem Gast nicht ge-

[35] Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 409.
[36] Vgl. R.-K.-O. §. 41 Nr. 5.
[37] Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 590.
[38] Daselbst S. 408 unten.

Digitized by Google

stattet sein, denn das wäre gleichbedeutend mit einer Verneinung des Pfandrechts.[39]) Derselbe darf nur etwa ein Stück zur Reparatur wegbringen oder z. B. als Geschäftsreisender seine Muster.

8. Die für das Pfandrecht des Vermiethers gegebenen Vorschriften finden ferner entsprechende Anwendung auf den Pachtvertrag (§. 532 B. G.-B.). Zu diesem Begriffe ist zu bemerken, daß Gegenstand eines Miethvertrages nur körperliche Sachen sind, deren Gebrauch zu gewähren ist (B. G.-B. §. 503), während der Pachtvertrag auch Rechte zum Gegenstande haben kann (B. G.-B. §. 537) und außer dem Gebrauch noch Fruchtgenuß gewähren muß (B. G.-B. §. 531).[40])

Der wichtigste Fall ist der, daß Gegenstand des Pachtvertrages ein landwirthschaftliches Grundstück ist. Der Verpächter eines solchen hat nach B. G.-B. §. 543 wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrage ein gesetzliches Pfandrecht sowohl an den eingebrachten Sachen des Pächters als auch an den Früchten des Grundstücks. Auf dieses Pfandrecht sollen Absatz 1 bis 4 des §. 521 B. G.-B. Anwendung finden. Zunächst dürfte auch hier besser von Forderungen aus dem Pachtverhältniß gesprochen werden. Daß ein Pfandrecht an den Illaten bestehen soll, bedarf in Hinblick auf das geltende Recht keiner Begründung. Die erste Besonderheit des §. 543 B. G.-B. ist die, daß das Pfandrecht auch die Früchte ergreift, wogegen sich im Hinblick auf Landesrecht und die Reichs-Konkursordnung §. 41 Nr. 2 nichts einwenden läßt.[41]) Eine zweite Besonderheit ist die, daß der Absatz 5 des §. 521 hier nicht gelten soll. Den Anlaß hat die Fassung vom R.-K.-O. § 41 Nr. 2 im Gegensatz zu Nr. 4 gegeben. Diese Abweichung erscheint angebracht, weil der Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks beachtenswerthe Gründe für längere Stundung des Pachtgeldes haben kann, während sie bei der Miethe kaum erfindbar sein dürften.

9. Beim Pachtvertrage hat aber auch andererseits „der Pächter eines Grundstücks" (nicht nur eines landwirthschaftlichen!) „wegen seiner auf das Inventar sich beziehenden Forderun-

[39]) Vgl. Motive z. B. G.-B. Bd. II. S. 590.

[40]) Vgl. daselbst S. 369, 422—423.

[41]) Vgl. daselbst S. 432.

Digitized by Google

gen an dem in seiner Inhabung befindlichen mitverpachteten Inventar ein gesetzliches Pfandrecht. Auf dieses Pfandrecht findet die Vorschrift des §. 521 Abs. 4 Anwendung" (B.-G.-B. §. 536). Dies entspricht namentlich der R.-K.-O. §. 41 Nr. 3. Die Besonderheit dieses Pfandrechtes ist die, daß der Pfandberechtigte von vornherein wirklicher Inhaber des Pfandgegenstandes ist. Er hat daher die Stellung eines Faustpfandgläubigers.[42]) Deshalb kommen Absatz 1 und 2 des §. 521 hier nicht in Betracht; Absatz 3 wird ersetzt durch die Vorschriften des §. 815; Absatz 5 kommt wieder nicht in Betracht, da die Voraussetzungen des §. 710 R.-C.-P.-O. nicht vorliegen können. So bleibt allein Absatz 4 anwendbar.

10. Endlich hat noch nach B. G.-B. §. 574 „der Uebernehmer[43]) wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm gefertigten oder ausgebesserten, noch in seiner Inhabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers." Wie die Motive zeigen,[44]) hat R.-K.-O. §. 41 Nr. 6 den Anlaß zu dieser Vorschrift gegeben, welche, da sie auch manchen Landesrechten entspricht, zu billigen ist.[45]) Die Rechtslage des Pfandgläubigers ist dieselbe, wie im vorbehandelten Falle: er hat die Stellung eines Faustpfandgläubigers, weshalb es im Allgemeinen eines Verweises auf §. 521 B. G.-B. nicht bedarf. Allein ebenso, wie in §. 536 ausdrücklich der Absatz 4 des §. 521 für anwendbar erklärt ist, müßte das auch hier geschehen.

11. Damit sind die gesetzlichen Pfandrechte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich erschöpft. Es dürften sich keine weiteren, des Schutzes eines gesetzlichen Pfandrechtes würdige Rechtsverhältnisse finden lassen.

12. Während nach geltendem Recht die an beweglichen Sachen bestehenden gesetzlichen Pfandrechte im Konkurse nicht schlechthin denselben Schutz wie außerhalb desselben gewähren, sondern nur insoweit, als sie nach R.-K.-O. §. 41 den Faustpfandgläubigern ausdrücklich gleichgestellt sind, soll dies durch den Entwurf eines

[42]) Vgl. ob. N. 35.
[43]) B. G.-B. §. 567.
[44]) Motive z. B. G.-B. Bd. II S. 494.
[45]) Vgl. Hilse a. a. O. S. 73.

Digitized by Google

Einführungsgesetzes zum B. G.-B. geändert werden. Nach dessen Artikel 13 werden die Ziffern 2 bis 6 und 9 des §. 41 R.-K.-O. dahin zusammengefaßt, daß den Faustpfandgläubigern gleichstehen: „diejenigen, welchen an gewissen Gegenständen ein gesetzliches oder durch Pfändung erlangtes Pfandrecht zusteht; das nach Maßgabe des §. 521 des B. G.-B. bestehende Pfandrecht kann wegen desjenigen Miethzinses oder Pachtzinses nicht geltend gemacht werden, welcher auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens entfällt." Damit ist die wünschenswerthe Einheit hergestellt: Das gesetzliche Pfandrecht wird durch Eröffnung des Konkurses nicht in seinem Wesen beschränkt, und es ist auch kein Grund vorhanden, weshalb dies der Fall sein sollte. Die neue Fassung der Konkursordnung ist daher zu billigen, nur sollte noch außer §. 521 auch §. 532 B. G.-B. angeführt werden, da doch neben dem Miethszins der Pachtzins erwähnt wird. Alsdann würde auch erkennbarer hervortreten, daß die Ausnahme des §. 543 B. G.-B. hier unberührt bleibt, wie in den Motiven betont wird.[46])

C. Schiffe.

13. Die Betrachtung der gesetzlichen Pfandrechte an Schiffen an besonderer Stelle ist oben §. 3 gerechtfertigt worden. Nach dem dort Bemerkten gelten die vorbehandelten Pfandrechte an beweglichen Sachen prinzipiell auch für Schiffe. Allein §. 521 B. G.-B. beschränkt sich ausdrücklich auf Grundstücke. Die §§. 532, 536 und 543 sind ihrem Inhalte nach hier unanwendbar, ebenso §. 628 B. G.-B., da es Hotels, welche in Schiffen eingerichtet wären, nicht geben dürfte.

Somit bleibt allein das durch §. 574 B. G.-B. geregelte Pfandrecht des Uebernehmers übrig. Für solche Schiffe, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung unbeweglich sind,[47]) sollte dieses Pfandrecht von der durch §. 574 erforderten Voraussetzung der Inhabung befreit werden. Ueberhaupt würde wohl besser an solchen Schiffen demjenigen, welcher Geld, Arbeit resp. Ma-

[46]) Motive z. E.-G. z. B. G.-B. S. 113.

[47]) Vgl. Einführungsgesetz z. B. G.-B. Art. 13, wo R.-K.-O. §. 39 neu gefaßt ist.

Digitized by Google

terial zur Ausbesserung oder Ausrüstung gegeben hat, schlechthin, nach dem Vorgange des hamburgischen Rechts,[48]) ein gesetzliches Pfandrecht zuzusprechen sein.

Daneben kommen die durch das Handelsgesetzbuch bestimmten resp. durch dasselbe dem Landesrecht nachgelassenen Pfandrechte[49]) in Betracht. Für Flußschiffe werden anläßlich der Revision des Handelsgesetzbuches gesetzliche Pfandrechte aufzustellen sein, wobei das Bremische Gesetz vom 15. Dezember 1887, betreffend gesetzliche Pfandrechte an Flußschiffen,[50]) als Vorbild dienen kann.

Die Zwangsvollstreckung in immobilisirte Schiffe begründet — wie bei Grundstücken — nach dem bezüglichen Entwurfe kein Pfandrecht zu Gunsten des betreibenden Gläubigers.[51])

II. Das Verhältniß des gesetzlichen Pfandrechts zum Faustpfand- und Pfändungspfandrecht.

14. Wie die gesetzlichen Pfandrechte entstehen, ist dargestellt. Ebenso ist ausgeführt, daß sie durch den Verlust des zu ihrer Entstehung[52]) erforderten besitzähnlichen Verhältnisses resp. der etwaigen wirklichen Inhabung nicht untergehen, wenn dieser Verlust heimlich oder gegen den Widerspruch des Berechtigten erfolgt ist. Diese dem Landesrechte entsprechenden Vorschriften[53]) gelten auch für das Faustpfandrecht des Entwurfes.[54])

Erwirbt nun Jemand an einer beweglichen Sache, an welcher ein gesetzliches Pfandrecht noch fortbesteht, obwohl dies wegen des Besitzverlustes äußerlich nicht erkennbar ist, gutgläubig Eigenthum, so wird er Eigenthümer und das gesetzliche Pfandrecht ist untergegangen.[55])

Erwirbt Jemand unter solchen Umständen gutgläubig ein

---

[48]) S. Mittelstein, Schiffspfandrecht S. 129—131.
[49]) Daselbst S. 266.
[50]) Daselbst S. 132—133.
[51]) Vgl. Mittelstein in Bd. IV S. 132 dieses Archivs.
[52]) S. ob. bei N. 16.
[53]) S. Mittelstein, Schiffspfandrecht S. 38—39, 174, 237.
[54]) B. G.-B. §. 1155 in V. m. §. 929, s. auch arg. e contr. §§. 1152, 1191.
[55]) B. G.-B. §§. 877, 878.

Digitized by Google

Faustpfand, so wird er Faustpfandgläubiger und sein Pfandrecht geht allen an dem Pfande früher begründeten Rechten vor.[56])

Erwirbt ferner Jemand unter solchen Umständen an der mit einem gesetzlichen Pfandrecht noch belasteten Sache ein neues gesetzliches Pfandrecht, z. B. die heimlich verschleppten Illaten werden in eine neue Miethwohnung eingebracht, so geht selbstverständlich auch hier nicht das ältere gesetzliche Pfandrecht unter. Ueber die Rangfolge besagt der Entwurf eines B. G.-B. aber nichts. Würde man, wie in den beiden vorhergehenden Fällen, den dort zweifellos anzuerkennenden Grundsatz „Hand wahre Hand" wieder in Anwendung bringen, so würde das ältere gesetzliche Pfandrecht dem jüngeren nachstehen. Diese Entscheidung würde in Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuch stehen, denn dessen Artikel 306 gilt auch für gesetzliche Pfandrechte.[57]) Nun erklären aber die Motive zum B. G.-B.[58]) ausdrücklich, daß der Grundsatz „Hand wahre Hand" nach dem Entwurfe auf gesetzliche Pfandrechte überhaupt keine Anwendung findet. Dies ist auch im Entwurfe selbst zum erkennbaren Ausdruck gekommen, denn der das gegentheilige Prinzip enthaltende §. 1152 B. G.-B. spricht nur von einem durch Rechtsgeschäft begründeten Faustpfandrechte. Es gilt deshalb für die hier zur Entscheidung stehende Frage die Regel — wovon §. 1152 eine Ausnahme bringt — welche in §. 1151 dahin ausgedrückt ist, daß beim Bestehen mehrerer Pfandrechte an derselben Sache das der Begründung nach ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgeht. Ob dies Ergebniß die zutreffendste Regelung der Frage enthält, möchte, besonders im Hinblick auf das Handelsgesetzbuch, zweifelhaft sein. Würde man dem oben gemachten Vorschlage Folge geben, wonach event. auch Sachen Dritter dem gutgläubigen gesetzlichen Pfandgläubiger haften, so wird man sich kaum einer entsprechenden Aenderung des Entwurfes d. h. der Rückkehr zum Prinzip „Hand wahre Hand" entziehen können.

---

[56]) B. G.-B. §. 1152.

[57]) S. H.-G.-B. Art. 306 Abs. 3. Urtheil des Amtsgerichts Hamburg C.-A. VI vom 7. Mai 1890 (Hanseatische Gerichtszeitung 1890, Beiblatt Nr. 126) und die dort angeführten Urtheile des Oberappellationsgerichts Lübeck und des Reichsgerichts (Strafsenat III, 21. November 1887).

[58]) Bd. II S. 405 unten; vgl. Bd. III S. 797 Abs. 2 Satz 3.

Digitized by Google

Endlich ist als letzter Fall noch der zu nennen, daß Jemand unter den bezeichneten Umständen an einer beweglichen Sache, an welcher noch ein gesetzliches Pfandrecht besteht, ein Pfändungspfandrecht erwirbt. Die Entscheidung erfordert vorgängig eine Erörterung dieses Rechtes, namentlich in der Richtung, ob dasselbe durch den Entwurf eines B. G.-B. beeinflußt worden ist.

15. Ueber das Pfändungspfandrecht enthält der Entwurf eines B. G.-B., abgesehen von §. 521 Absatz 5, keinerlei ausdrückliche Bestimmungen. Wie der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G.-B. zeigt, bleiben die bezüglichen Vorschriften der Reichs-Civilprozeßordnung völlig unverändert.[59]) Die R.-C.-P.-O. bestimmt ausdrücklich aber nur, wie das Pfändungspfandrecht entsteht (§. 712), nicht aber, ob es untergeht, wenn die Pfändungszeichen verloren gehen oder die gepfändeten Sachen dem Gläubiger durch Wegnahme entzogen werden. In Folge dessen herrscht hierüber Streit.[60]) Für das künftige Geltungsgebiet des B. G.-B. kann die Entscheidung solcher Fragen in Ermangelung ausdrücklicher Vorschriften nur aus verwandten Bestimmungen gewonnen werden.

Die Motive zu den §§. 1145 fg. B. G.-B. bemerken,[61]) daß dieselben nur die rechtsgeschäftliche Begründung des Pfandrechts behandeln, nicht aber die durch Gesetz oder Pfändung, und daß die Voraussetzungen der Begründung eines Pfandrechtes in den beiden letzten Fällen lediglich den betreffenden Gesetzen zu entnehmen seien, weil der dazu verlangte Thatbestand von zu großer innerer Verschiedenheit sei. „Anders," fahren sie fort, „liegt die Sache, was den Inhalt des Pfandrechts betrifft; doch bleibt auch hier im Einzelnen zu prüfen, inwieweit die Prozeßgesetze und die Gesetze, welche ein gesetzliches Pfandrecht gewähren, für die Anwen-

[59]) R.-C.-P.-O. §. 709 Abs 2 Theil 2 ist nach dem Entwurf eines B. G.-B. und dessen Einführungsgesetz überflüssig.

[60]) Für die verneinende Ansicht s. Seuffert zu §. 712 R.-C.-P.-O. und die dort Citirten; ferner Kroschel in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß 1888 S. 482 ff. und das Urtheil des Amtsgerichtes Hamburg cit. N. 57. S. auch die Motive zum E.-G. z. B. G.-B. S. 112 unten, daß man durch Bezeichnung des Vorrechts in R.-K.-O. §. 41 Nr. 1 als gesetzlichen Pfandrechts „es den Vorschriften über das Pfandrecht (vgl. insbes. §§. 1156—1159 des B. G.-B.) unterstellen" würde.

[61]) Bd. III S. 796—797.

Digitized by Google

dung der Vorschriften des Entwurfes Raum lassen." Für das gesetzliche Pfandrecht hat sich schon ergeben, daß darauf die Regel des §. 1151 B. G.-B. Anwendung leidet,[58]) weil der Grundsatz „Hand wahre Hand" nicht gelten soll. Ein ähnlicher Ausspruch findet sich allerdings für das Pfändungspfandrecht nicht. Im Zweifel wird aber auch hier die Regel des §. 1151 und nicht die Ausnahmevorschrift des §. 1152 zu gelten haben. Dies findet dadurch eine erhebliche Stütze, daß der Entwurf eines B. G.-B. das Pfändungspfandrecht den gesetzlichen Pfandrechten an die Seite stellt. Dies geschieht wiederholt in den Motiven[62]) und ferner in der neuen Fassung von R.-K.-O. §. 41 Nr. 2. Endlich heißt es ausdrücklich in den Motiven[63]): „Das Pfändungspfandrecht ist in gewissem Sinne auch ein gesetzliches Pfandrecht mit der Eigenthümlichkeit, daß ein Akt öffentlich-rechtlicher Natur nach Maßgabe der Vorschriften der Verfahrensgesetze das Pfandrecht begründet."[64]) Der Unterschied wird somit nur in der Art der Begründung erblickt. Andererseits findet sich keinerlei Aeußerung in den Motiven, welche gegen die hier vertretene Auffassung spricht. Es muß deshalb angenommen werden, daß das Pfändungspfandrecht dadurch nicht untergeht, daß die Pfändungszeichen oder der Besitz verloren gehen, und daß es in Konkurrenz mit später an seinem Gegenstande begründeten gesetzlichen Pfandrechten diesen als älteres vorgeht. Mit diesem Ergebniß harmonirt aber — und das ist wieder ein Beleg für seine Richtigkeit — die unverändert gelassene Vorschrift des Absatzes 3 von §. 709 R.-C.-P.-O., wonach das ältere Pfändungspfandrecht schlechthin dem jüngeren vorgeht.

Nunmehr kann auch die offen gelassene Frage beantwortet werden, ob das Pfändungspfandrecht demjenigen gesetzlichen Pfandrechte vorgeht, welches noch an einer weggekommenen Sache, ohne daß der pfändende Gläubiger davon wußte, bestand. Da keinerlei Grund vorhanden ist, dem Grundsatze „Hand wahre Hand" hier Raum zu geben, so wird nach der Regel des §. 1151 das gesetzliche Pfandrecht als das ältere vorgehen. Es entscheidet somit

[62]) Motive zum B. G.-B. Bd. III S. 797 Abs. 2 Satz 1, S. 807 unter 2.

[63]) Daselbst S. 797 Abs. 1 Satz 2.

[64]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XVI S. 407—409.

Digitized by Google

bei Konkurrenz von gesetzlichen und Pfändungspfandrechten, sei es unter sich je allein, sei es mit einander, stets der Altersvorzug ohne Rücksicht auf guten Glauben. Eine gewisse Einschränkung erleidet das gesetzliche Pfandrecht gegenüber dem Pfändungspfandrecht allerdings dadurch, daß nach §. 710 R.=C.=P.=O. das Recht des nicht besitzenden gesetzlichen Pfandgläubigers in ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse abgeschwächt wird.

Ob diese Sätze schlechthin beizubehalten sein dürften, möchte immerhin nochmals in Ueberlegung zu ziehen sein. Jedenfalls wäre es angebracht, daß im Entwurfe eines B. G.=B. oder in einem Paragraphen der Reichs=Civilprozeßordnung zum klaren Ausdruck gelangte, welche Sätze über den Untergang des Pfändungspfandrechtes und seinen Rang bei Kollision mit gesetzlichen Pfandrechten gelten sollen.

16. Vorstehende Ausführungen sind auch geeignet, zum Verständniß des geltenden Pfändungspfandrechtes beizutragen. Dessen Vorschriften passen so sehr zu dem Entwurfe eines B. G.=B., daß sie unverändert bleiben konnten. Daraus darf rückschließend wieder gefolgert werden, daß die Ansicht die richtigere ist, wonach das gemäß §. 712 R.=C.=P.=O. erworbene Pfandrecht fortbesteht, auch wenn die Pfändungszeichen oder der Pfandbesitz verloren gegangen sind.[60])

Digitized by Google

9.

Die Altersvormundschaft nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, unter Berücksichtigung des preußischen Rechts.*)

Von

Amtsgerichtsrath Dr. **Adamkiewicz** in Schweidnitz.

I.

Mehr als in irgend einem anderen Theile des Gesammtrechtsgebiets hat der Entwurf sich im Vormundschaftsrecht an das bestehende preußische Recht angelehnt. Die bahnbrechenden Grundzüge der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, die ihm als Vorbild gedient,[1]) vor Allem die Emanzipation des Vormundes von den seine Selbständigkeit eng umgrenzenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts haben ihren Kanal in den Entwurf gefunden. Aber in der Ausgestaltung dieser Materie, in den

*) Die vorliegende Erörterung versucht eine systematische Darstellung der ziemlich verwickelten Bestimmungen des Entwurfs zu geben, welche die Voraussetzungen für die nach §. 1633 erforderliche Einleitung der Vormundschaft über Minderjährige bieten.

Sie gelangt zu dem Ergebniß, daß einzelne Bestimmungen des Entwurfs über die Bevormundung unehelicher Kinder, ferner über die Bevormundung ehelicher Kinder, im Falle der Wiederverheirathung des Inhabers der elterlichen Gewalt, im Falle der Verwirkung dieser Gewalt seitens des derzeitigen Inhabers und im Falle der Entziehung der Gewalt durch vormundschaftsgerichtlichen Beschluß, sodann einige Einzelbestimmungen einer theils formellen, theils materiellen Aenderung bedürfen; es sind hierfür Erwägungen maßgebend, die sich vorzugsweise auf Erfahrung im preußischen Rechtsgebiet stützen.

[1]) Motive Bd. 4 S. 1008 II.

Digitized by Google

vorgeschlagenen Einzelbestimmungen, bietet er manches Neue; folgerichtig reiht es sich aber in das Gefüge des Ganzen ein, insoweit es in eigenartigen familienrechtlichen Gestaltungen wurzelt. Anderseits wird auch den Erfahrungen Rechnung[2]) getragen, die im Geltungsbereich der Preußischen Vormundschaftsordnung gemacht worden sein sollen.

Die hiernach sich ergebenden übereinstimmenden und abweichenden Momente treten im Besonderen bei der gesetzlichen Regelung der Altersvormundschaft gleich stark hervor.

Nach §. 11 der Preußischen Vormundschaftsordnung „erhalten Minderjährige einen Vormund, wenn sie nicht unter väterlicher Gewalt stehen, wenn die väterliche Gewalt nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts ruht, oder wenn ihr Vater selbst bevormundet wird".

Der §. 1633 des Entwurfs dagegen schreibt vor: „Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht, oder wenn die elterliche Gewalt auf die elterliche Nutznießung beschränkt ist." (§. 1633.)

Die zeitliche Grenze der Minderjährigkeit, das 21. Lebensjahr, ist auch im Entwurf beibehalten. (§. 25.) Sonst aber weichen die Vorbedingungen der Altersvormundschaft grundsätzlich von einander ab.

Die preußische Vormundschaft über Minderjährige erweist sich als nothwendiger Ersatz für die fehlende oder ruhende väterliche Gewalt, und die daraus entspringenden Vertretungs-, Schutz- und Aufsichtsrechte und Pflichten. Der Entwurf aber geht über den Rahmen der blos väterlichen Gewalt hinaus; indem er die Mutter, nach dem Vater, als neuen, aber im Wesentlichen gleichberechtigten Träger der aus dem Gewaltverhältniß entspringenden Befugnisse und Verpflichtungen beruft, begründet er zwar in der elterlichen Gewalt ein der väterlichen inhaltlich gleichwerthiges Rechtsinstitut, — allein er schränkt zugleich das Bedürfniß für die Bevormundung der Minderjährigen grundsätzlich auf ein erheblich geringeres Maß ein. Diese wesentliche Vereinfachung der Voraussetzungen der Altersvormundschaft ist von eminent praktischer Bedeutung.

[2]) Motive a. a. O. S. 1009.

Digitized by Google

Zugleich weist diese Neuordnung des Entwurfs einen weiteren bedeutsamen Fortschritt in der Rechtsstellung der Frau auf.

Unleugbar hat das römisch-rechtliche Prinzip, daß regelmäßig zur Vormundschaft nur Personen männlichen Geschlechts fähig seien (l. 16 pr. D. de tut. 26, 1; l. 1 Cod. quando mul. 5, 35), daß Frauen, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter, so lange dieselben nicht eine andere Ehe eingehen (l. 2, 3 Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest 5, 35; nov. 89, cap. 14; nov. 94, cap. 2; nov. 118, cap. 5) ausgeschlossen seien (l. 18 D. de tut. 26, 1), tiefe Wurzeln gefaßt und die Rechtsanschauungen weiter Kreise Jahrhunderte hindurch völlig beherrscht. Die altgermanische Anschauung von der eigenen Schutzbedürftigkeit der Frau war nicht geeignet, der Rezeption des römischen Gedankens wirksam zu begegnen. — Mit der Maßgabe, daß die Wiederverehelichung der Vormünderin-Mutter (bei der Großmutter wird dies kaum praktisch werden) an sich kein Hinderniß zur Weiterführung der Vormundschaft sei, ist das römische Prinzip auch geltendes preußisches Recht geworden. Letzteres geht sogar davon aus, daß die Führung der Vormundschaft durch die Mutter die Regel bilden solle. Die Mutter ist nach dem Adoptivparens und nach dem vom Vater testamentarisch oder urkundlich Benannten in dritter Reihe als Vormünderin über ihre ehelichen, nicht an Kindesstatt hingegebenen Kinder berufen.[3])

Der Code[4]) war schon einen Schritt weiter gegangen. Der überlebende Vater, Träger der puissance paternelle und Verwalter des Kindesvermögens während stehender Ehe wird kraft des Gesetzes Vormund über die minderjährigen Kinder, wenn die Ehe durch den Tod der Ehefrau aufgelöst wird. Die überlebende Ehefrau wird kraft des Gesetzes Vormünderin der minderjährigen Kinder, wenn die Ehe durch den Tod des Ehemannes aufgelöst wird. Aber der Vater kann der Vormünderin-Mutter einen „Rathgeber", sei es für alle, sei es für einzelne auf die Vormundschaft sich beziehende Handlungen, beiordnen. Dann darf die Vormünderin-Mutter keine der entsprechenden vormundschaftlichen Handlungen

[3]) §§. 17, 21 Abs. 2 Vorm.-O.

[4]) Art. 389 fg.

Digitized by Google

ohne das Gutachten des ihr beigeordneten Beistandes vornehmen, vorausgesetzt, daß sie die Vormundschaft annimmt. Denn dazu ist sie an sich nicht verbunden. Uebernimmt sie die Vormundschaft jedoch, so hat sie vor Eingehung einer etwaigen anderweiten Ehe die Entscheidung des Familienraths darüber einzuholen, ob ihr die Vormundschaft zu belassen sei oder nicht?

Der Code hat seinen Standpunkt klar und bestimmt gekennzeichnet. Während stehender Ehe ist der Ehemann als Haupt und Träger der Familiengewalt anzusehen. Aber der Tod eines Ehegatten verschiebt die rechtliche Stellung des überlebenden seinen minorennen Kindern gegenüber in eigenartiger Weise. Er drängt die puissance paternelle zur Vormundschaft herab, die kraft des Gesetzes eintritt und er erhebt anderseits die rechtlich kaum hervorvortretende private Familienstellung der Mutter zur bedeutsamen Rechtsstellung einer Vormünderin empor.

Der Tod gleicht hier gewissermaßen die Verschiedenartigkeit der Rechtsstellungen der beiden Ehegatten aus.

Und in ähnlicher Weise ausgleichend wirkt, hinsichtlich der Rechtsstellung des anderen Ehegatten, der Tod des Ehemannes auch nach dem Entwurfe. Nur macht der Entwurf hier noch einen entscheidenden Schritt weiter hinauf.

Während der Code den überlebenden Ehegatten zum staatlich kontrolirbaren Organ der vormundschaftlichen Verwaltung macht und über das nach geltendem preußischen Recht anerkannte Bedürfniß hinaus eine ungleich zahlreichere Menge von Altersbevormundungsfällen begründet, schafft der Entwurf in der überlebenden Ehefrau einen neuen, gleich unabhängigen und in Bezug auf die inneren Angelegenheiten möglichst unkontrolirbaren Träger der höchsten Familiengewalt.

„Dem Entwurf liegt nichts ferner als der Gedanke der sogenannten Emanzipation der Frauen.“[5]) Aber in Wahrheit handelt es sich nicht sowohl darum, als vielmehr recht eigentlich um die weitere Emanzipation der Familie. Aus den umfriedeten Zirkeln der Familie drängt der schöpferische Gedanke des Entwurfs die vormundschaftlichen Aufsichtsorgane.

---

[5]) Motive Bd. 4 S. 737.

Digitized by Google

Des ungetheilten Beifalls der Kritik erfreut sich diese Neuordnung allerdings nicht. Namentlich ist es Gierke,[6]) der den Vorwurf erhebt, daß der Entwurf damit sowohl den Boden des gemeinschaftlichen Elternrechts, als auch, da Grund und Grenze der elterlichen Gewalt ausschließlich in die Minderjährigkeit des Kindes verlegt werde, den Boden der Hausgemeinschaft verlasse. Aber vor dem tief begründeten legislativen Gedanken, vor den vorwiegend praktischen Erwägungen, die den Bedürfnissen der Zeit, den diskreten Rücksichten auf die inneren Angelegenheiten der Familie, der Stellung und den Eigenschaften der Frau und Mutter gebührend Rechnung tragen, können die theoretischen Bedenken nicht schwerwiegend erscheinen. Gerade darin zeigt sich das unverkennbar Zielbewußte der reformatorischen Idee, daß sie nach einer bestimmten Richtung hin jene Lehre durchbrechen will. Und wo ist sie denn so rein und klar erhalten, daß die Neuerung des Entwurfs als ein unerhörter Eingriff angesehen werden müßte?

Die Gesichtspunkte des Entwurfs sind vorwiegend realpolitisch-praktischer Art. In den weitaus meisten Fällen könne die Fähigkeit der Mutter zur Uebernahme dieser volleren Elternpflicht nicht wohl in Zweifel gezogen werden; für die geringere Zahl der Ausnahmefälle könne durch besondere Bestimmungen Vorsorge getroffen werden. — In der That thut dies der Entwurf in den §§. 1538—1543.

Jener „Rathgeber" oder Beistand des Code ist es, der hier wiederum zur rechtlichen Bedeutung gelangt. Aber die Vorsorge des Entwurfs ist eine bei weitem umfassendere. Nach dem Code kann der Vater jenen Beistand beiordnen entweder durch eine letzte Willensordnung, oder durch eine vor Friedensrichter und Sekretär, oder vor dem Notar geschehene Erklärung.

Nach dem Entwurf ist der Beistand zu bestellen:

1. wenn der Vater die Bestellung angeordnet hat,
2. wenn die Mutter die Bestellung beantragt,
3. wenn das Vormundschaftsgericht wegen des Umfanges oder der besonderen Schwierigkeiten der Vermögens-

[6]) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 461 f. Vgl. Gruchot Beiträge IV. Folge, IV. Jahrgang S. 103 fg.

Digitized by Google

verwaltung, oder nach Maßgabe der §§. 1546, 1547 die Bestellung im Interesse des Kindes für nöthig erachtet; d. h. im letzteren Falle, wenn die Mutter ihre, die Person des Kindes oder das Vermögen betreffenden Pflichten verletzt oder vernachlässigt.

Die Anordnung des Vaters kann nur durch letztwillige Verfügung erfolgen.

Ob diese Kautelen überall ausreichend erscheinen, um die Bedenken zu beseitigen, die sich schon bei der Berathung der Preußischen Vormundschaftsordnung gegen die Gleichstellung der Mutter geltend gemacht haben, muß allerdings die Erfahrung lehren. Wenn sich das System in romanischen und in denjenigen deutschen Rechtsgebieten bewährt hat, in welchen es anerkannt ist, so läßt sich seiner Annahme für den Gesammtgeltungsbereich des Entwurfs kaum etwas Unanfechtbares entgegenstellen. Denn die von diesem Geltungsbereich nmschlossenen Gebiete stehen in Bezug auf Einsicht und Gesittung ihrer Bewohner im Wesentlichen, mit im Verhältniß zum Ganzen geringfügigen Abweichungen, auf der gleichen Stufe der Entwickelung. Der beliebte Hinweis auf die Verhältnisse der östlichen Landestheile kann dabei im Hinblick auf einzelne Gebietstheile auch des Westens oder gar des Nordens nicht allzuschwer ins Gewicht fallen. Auch in den östlichen Bezirken haben geeignete Institutionen, entwickeltere Verkehrsverhältnisse einen wirthschaftlichen Aufschwung und gesteigerte intellektuelle Fähigkeiten in den breiteren Schichten der Bevölkerung hervorgebracht.

Es kommt hinzu, daß es sich bei diesem Verhältniß von Mutter und Kind nicht vorwiegend um die raffinirte Intelligenz geschäftlicher Routine handeln kann. Vielmehr kommt in Betracht, daß jenes natürliche Gefühl der Zuneigung und Zusammengehörigkeit im Allgemeinen eine hinreichende Gewähr dafür bieten mag, daß die selbständig handelnde Mutter alle Interessen des Kindes mit wärmerer Hingabe wahrnehmen, die ihr zufallenden Aufgaben mit sorgfältigerem Eifer erfüllen wird, als der gewissenhafteste Fremde. Handelt es sich doch für sie dabei in Wahrheit um Lebensaufgaben, um Berufspflichten, — für diesen — etwa für den Vormund — um ein nebensächliches staatsbürgerliches Ehrenamt. Gerade jenes natürlich begründete Gefühl ängstlicher Sorge

Digitized by Google

um die geistige und leibliche Wohlfahrt des Kindes wird die Mutter da, wo sie bei Ausführung ihrer Pflichten ihre eigene Unzulänglichkeit empfinden wird, leicht bestimmen, von der gesetzlichen Befugniß der Auswahl eines Beistandes umfassenden Gebrauch zu machen. Auch der Vater wird dies thun, so oft ihm die ihm doch hinlänglich bekannten Eigenschaften der Ehefrau hierzu Veranlassung bieten werden. —

Auch die Preußische Vormundschaftsordnung hat mit dem entscheidenden Schritt, den sie gethan, mit der umfassenden Freigebung der vormundschaftlichen Verwaltung an die Vormünder, zunächst schwere Bedenken wachgerufen. Und doch kann jetzt nach einer Reihe von Jahren füglich nicht gesagt werden, daß sie sich in dem einen Gebiete weniger bewährt habe als in dem anderen. Die ausnahmsweise ungetreuen, fahrlässigen und unbefähigten Vormünder entstammen nicht bestimmt abgegrenzten geographischen Bezirken, sie vertheilen sich gleichmäßig auf das gesammte Geltungsgebiet des Gesetzes. — Man braucht nur den Motiven zu folgen, um die Bedeutung der Neuordnung und ihre Folgen zu würdigen. „Die Verminderung der Geschäfte der Vormundschaftsgerichte, die Entlastung der Staatsbürger auf dem Gebiete der Vormundschaftsverwaltung sind die unmittelbaren Folgen der Einrichtung, die große Vereinfachung der Verhältnisse, die sie zur Folge hat, erspart nicht allein dem Staate, sondern auch den Kindern und den Staatsbürgern nicht unerhebliche Kosten und Ausgaben.“ [7])

II.

Es soll also nach Reichsrecht ein Minderjähriger bevormundet werden:

A. wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht.

Dies trifft zu:

1. bei unehelichen Kindern.

Die gesetzliche Stellung der Mutter, dem außerehelichen Kinde gegenüber, ist dahin zu präzisiren:

Die Mutter hat die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen. Nicht ihr steht jedoch die gesetzliche Ver-

[7]) Motive Bd. 4 S. 737.

Digitized by Google

tretung des Kindes zu, sondern dem Vormunde, der zugleich in Ansehung der Ausübung jener Sorge der Mutter — für die Person des Kindes — die Stellung eines Beistandes hat. Als solcher hat er die Mutter innerhalb dieses Wirkungskreises zu unterstützen und zu überwachen, auch jeden Fall, in welchem das Vormundschaftsgericht zu einem Einschreiten berufen ist, bei demselben zur Anzeige zu bringen.[8])

Der Entwurf erkennt also eine elterliche Gewalt der unehelichen Mutter nicht an. Diese Entscheidung beruht auf der in der Natur der thatsächlichen Verhältnisse unzweifelhaft begründeten Erwägung, daß in den Beziehungen der ehelichen Mutter einerseits und der unehelichen Mutter anderseits zu dem Kinde doch ein sehr wesentlicher Unterschied zu konstatiren sei. In vielen Fällen sei hier nicht jene hingebende Liebe, nicht jene gereiftere Erfahrung vorhanden, wie bei der ehelichen Mutter; die uneheliche Mutter verhalte sich oft gleichgiltig gegen das uneheliche Kind, oder betrachte es gar als eine drückende Last. Jugendlicher Leichtsinn, Mangel an gutem Willen und genügendem Ernst ergeben nach dem Entwurf schwerwiegende Bedenken gegen die Uebertragung der elterlichen Gewalt auf die uneheliche Mutter.[9])

Man wird diese Bedenken nur voll und ganz theilen können. Uneheliche Mütter, die einen durchaus vertrauenerweckenden Eindruck zu machen geeignet wären, treten, wie die Erfahrung lehrt, nur in verschwindend seltenen Ausnahmefällen hervor;[10]) zu solchen Ausnahmefällen können diejenigen gezählt werden, in welchen es sich auf Seiten der Mutter nicht sowohl um die lästig empfundenen Folgen eines unabänderlichen Fehltritts, als vielmehr um diejenigen eines ernstlichen Verhältnisses mit dem Erzeuger des Kindes handelt, das nicht selten zum Abschluß der Ehe führt. Nach diesen Gesichtspunkten lassen sich aber die Fälle in der Praxis nicht scharf sondern;

[8]) §§. 1570, 1558 Satz 2, 1506 Abs. 1, 1540 des Entwurfs.

[9]) Cfr. Motive Bd. 4 S. 860, 861.

[10]) Die Erfahrung lehrt — heißt es in den Motiven —, daß uneheliche Kinder in körperlicher wie in geistiger Hinsicht nur zu oft verwahrlost werden. Und in der That, der Nachweis dürfte sich führen lassen, daß die nach dem preußischen Gesetz vom 13. März 1878 zur Zwangserziehung unterzubringenden verwahrlosten Kinder meist außerehelichem Geschlechtsverkehr entsprossen sind.

Digitized by Google

es läge auch ein zwingendes Bedürfniß nicht vor, für diese Ausnahmefälle eine anderweite Regelung der vom Entwurf angenommenen Grundsätze zu verlangen, zumal durch die nachfolgende Ehe seines Vaters mit seiner Mutter das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt.[11])

Gleichwohl gestattet der Entwurf, entsprechend der preußischen Vormundschafts-Ordnung[12]), daß die uneheliche Mutter zum Vormunde ihres Kindes bestellt werden kann. Sie kann mithin, auf einem Umwege, fast zu derselben Summe von Rechten und Pflichten gelangen, die ihr der Entwurf durch Versagung der elterlichen Gewalt und der gesetzlichen Vormundschaft vorenthält. — Gegen die Einräumung der elterlichen Nutznießung des Kindesvermögens an die uneheliche Mutter macht die Begründung geltend, daß in vielen Fällen die unehelichen Mütter leichtsinnige und verschwenderische Personen seien, und daß es im Interesse der Sittlichkeit liege, wenn der unehelichen Mutter jeder aus ihrer Unsittlichkeit hervorgehende auch nur indirekte Vermögensvortheil entzogen werde.[13]) Nichtsdestoweniger hält es der Entwurf anderseits für ungerechtfertigt, die uneheliche Mutter von der Führung der Vormundschaft ganz auszuschließen, da dieselbe in vielen Fällen trotz ihres Fehltritts ausreichende Garantien für eine pflichttreue Führung der Vormundschaft über ihr uneheliches Kind bietet. Der Entwurf will demgemäß den verschiedenen in Betracht kommenden Rücksichten am zweckmäßigsten dadurch Rechnung tragen, daß er in §. 1637 Abs. 3 dem Vormundschaftsgericht gestattet, in geeigneten Fällen die uneheliche Mutter *vor* dem mütterlichen Großvater zum Vormunde des unehelichen Kindes zu bestellen.

Der Entwurf steht hier auf dem der preußischen Vormundschafts-Ordnung entgegengesetzten Standpunkt, da die letztere dem mütterlichen Großvater die gesetzliche Vormundschaft über seinen Enkel in erster Reihe einräumt.

Im Uebrigen läßt sich aber ein gewisser Widerspruch in der Behandlung der unehelichen Mütter hier nicht verkennen.

Erfahrungsgemäß drängen sich die unehelichen Mütter zu den Vormundschaften über ihre Kinder keineswegs, so lange diese Vor-

[11]) §. 1579 fg.
[12]) §. 21.
[13]) Motive Bd. 4 S. 862.

Digitized by Google

mundschaften vermögenslos sind und die gegen den außerehelichen Vater geltend zu machenden Ansprüche noch einer Regelung, namentlich der prozessualischen Durchführung bedürfen. Gerade da ist ein energischer Beistand in der Person des Vormundes so sehr erwünscht, daß nicht selten der Vormundschaftsrichter angegangen wird, von der Beibehaltung des gesetzlichen Vormundes, des Großvaters, Abstand zu nehmen, weil er diesen Aufgaben nicht mehr gewachsen sei. Sowie aber das uneheliche Kind zu Vermögen gelangt, namentlich, wenn auf Grund eines Abfindungsvergleichs die Verwaltung einer beträchtlichen Summe in Frage kommt, dann macht sich die unverkennbare Neigung der unehelichen Mutter zur Uebernahme der Vormundschaft geltend. Die Vormünderin-Mutter steht zwar unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, sie hat nach dem Entwurf über das Vermögen Rechnung zu legen, und die Rechnungslegung unterliegt der periodischen Kontrole. Allein so durchdringend kann diese Prüfung nicht sein, daß sie nicht Ausgabeposten verkennen könnte, die scheinbar Verwendungen für das Kind darstellen, in Wahrheit aber nicht selten zum eigenen Vortheil der Mutter gemacht sind. Will man in konsequenter Würdigung der vom Entwurf gegen die uneheliche Mutter erhobenen Bedenken, den unehelichen Pflegebefohlenen gegenüber, ein möglichst weitgehendes Interesse bethätigen und eine möglichst umfassende und vielseitige Aufsicht über diese der Aufsicht zweifellos am meisten bedürftigen Mündel begründen,[14]) so möge die uneheliche Mutter bei der Bestimmung der zur Führung der Vormundschaft in Aussicht genommenen Persönlichkeiten außer Betracht bleiben. Gerade in diesen verhältnißmäßig zahlreichen Fällen stellt sich die Vormundschaft recht eigentlich als Surrogat der fehlenden elterlichen Gewalt, im Besondern des Vaters, dar, und gerade auch deshalb empfiehlt sich vornehmlich die Zuordnung einer männlichen Persönlichkeit. Es bleibt dabei zu beachten, daß durch die Einführung der elterlichen Gewalt der ehelichen Mutter und die dadurch bewirkte Entlastung zahlreicher Staatsbürger ein das Bedürfniß in jeder Beziehung deckendes Material an geeigneten Vormündern vorhanden sein wird, nicht

[14]) Auch hier handelt es sich um einen wohl beachtenswerthen Beitrag zur Lösung der sozialen Frage.

Digitized by Google

zum Nachtheil der Gesammtheit wie der in Rede stehenden Individuen selbst.

Nun hat die familienrechtliche Stellung der unehelichen Kinder, nach dem Entwurf, eine tiefgreifende Aenderung erfahren. Zurückkehrend zu den Grundsätzen des römischen Rechts, hat der Entwurf, im Gegensatz zu den auf deutschrechtlichen Anschauungen beruhenden Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts,[15]) dem unehelichen Kinde den Wiedereintritt in die Familie der Mutter ermöglicht. Nach §. 30 Abs. 3, §. 1568 des Entwurfes bestehen zwischen dem unehelichen Kinde, sowie dessen Abkömmlingen einerseits, und der Mutter des Kindes, sowie deren Verwandten anderseits dieselben Rechte und Verbindlichkeiten, wie, wenn das Kind ein eheliches wäre; der Entwurf begründet mithin zwischen diesen Kreisen ein Verwandtschaftsverhältniß, ausgehend von dem Gesichtspunkt der besonderen Schutzbedürftigkeit des unehelichen Kindes. Hier sind es einerseits humanitäre Rücksichten, die bestimmend wirken, die dem sonst isolirt stehenden unehelichen Kinde den rechtlichen Anschluß an die Familie der Mutter begründen sollen, dann aber auch Erwägungen sozialpolitischer Art. Gerade in der großen Zahl der unehelichen Kinder, die von der Familie ausgeschlossen seien, sieht der Entwurf vornehmlich den Nachwuchs jener destruktiven Elemente, deren Vermehrung entgegenzutreten, Pflicht der Gesetzgebung sei.[16]) Die neue Regelung dieses Verhältnisses der unehelichen Kinder zur mütterlichen Familie wird in manchen Schichten der Bevölkerung als Neuerung kaum empfunden werden. Den Anschauungen höherer Gesellschaftsklassen wird sie allerdings nicht entsprechen, es bleibt aber zu erwägen, daß sie hier doch nur selten praktisch wird. Hier vornehmlich wird der Vorwurf Gierke's erhoben werden, daß die volle Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen Kindern gegenüber allen mütterlichen Verwandten das Recht der legitimen Familie verletze.[17]) Inwieweit nun sein weiterer Einwand — daß die vom Entwurf vorgeschlagene Regelung des Verhältnisses, bei dem Mangel eines subsidiären Unterhaltungsanspruchs und Erbrechts gegen die Aszendenten des Vaters, dem natürlichen Ver-

[15]) II. 2 §. 639.

[16]) Cfr. Motive Bd. 4 S. 854 fg.

[17]) Cfr. die citirte Schrift Gierke's S. 479 f.

Digitized by Google

hältnisse der Blutsverwandtschaft widerspreche — einer eingehenden legislativen Würdigung und Ergänzung bedarf, mag hier unerörtert bleiben. Nur mit der thatsächlich gegebenen und zweifellos überzeugend motivirten Darlegung jenes Verhältnisses, wie sie sich im Entwurf nun einmal findet, ist zu rechnen.

Man sollte erwarten dürfen, daß bei dieser engeren Verknüpfung des unehelichen Kindes mit der mütterlichen Familie gerade auch der nach preußischem Recht begründeten Stellung des mütterlichen Großvaters als gesetzlichen Vormundes gebührend Rechnung getragen würde. Um so befremdender muß es aber erscheinen, daß nach dem Entwurf, abweichend vom preußischen Recht, dem Vater der unehelichen Mutter die gesetzliche Vormundschaft über das uneheliche Kind nicht zustehen soll. Es ist dies einmal eine Konsequenz des vom Entwurf grundsätzlich angenommenen „Bestellungsprinzips". „Die Vormundschaft wird von dem Vormundschaftsgericht von Amtswegen angeordnet"[18]) ist der leitende Gedanke, den der Entwurf im Interesse der Ordnung und Sicherheit des Vormundschaftswesens ausnahmslos festhalten will. Nur macht er aber doch eine Ausnahme insofern, als er es der Landesgesetzgebung vorbehält, die gesetzliche Vormundschaft des Anstaltsvorstandes da bestehen zu lassen, wo eine solche über einen Mündel — bis zu dessen Großjährigkeit — zugelassen ist, welcher in eine unter Verwaltung des Staates oder einer Gemeindebehörde stehende Verpflegungsanstalt aufgenommen ist. Dies ist in Preußen[19]) der Fall.[20])

Gegenüber der gesetzlichen Vormundschaft des mütterlichen Großvaters wird überdies geltend gemacht, daß in zahlreichen Fällen eine solche gesetzliche Vormundschaft keine ausreichende Garantie für die gehörige Pflege und Erziehung des Kindes biete. Weder die Befugniß des Vormundschaftsgerichtes,[21]) jederzeit einen anderen Vormund zu bestellen, noch auch die Unterstellung des gesetzlichen Vormundes unter die Aufsicht des Waisenraths sind dem Entwurf ausreichende Garantien.

Es läßt sich nun aber durchaus nicht sagen, daß die preußische

[18]) §. 1634.
[19]) §. 13 Vorm.-O.
[20]) Cfr. Art. 79 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes z. B. G.-B.
[21]) Preuß. Vorm.-O. §. 12 Abs. 2.

Digitized by Google

Praxis gerade mit diesem Institut der gesetzlichen Vormundschaft besonders üble Erfahrungen gemacht habe. Noch haben, in der weitaus größten Mehrzahl der Fälle, die unehelichen Großväter den ordentlichen Vormündern in der Erfüllung ihrer vormundschaftlichen Obliegenheiten keineswegs nachgestanden.

Wie die Verhältnisse nun einmal liegen in kleinbürgerlichen und vornehmlich niederen ländlichen Bevölkerungskreisen, wird der außereheliche Geschlechtsverkehr als eine durchaus verabscheuungswürdige Entartung der Sitten nicht überall empfunden, ebenso wenig wie die Folge solchen Verkehrs als tief beschämende Last gilt. Nicht gering ist die Zahl der unehelichen Kinder, die durch nachfolgende Ehe legitimirt werden. Und gerade die Eltern der unehelichen Mutter sind es häufig, die selbst da, wo sie der letzteren den begangenen Fehltritt nicht verzeihen können, ihren Groll dem Enkel nicht entgelten lassen. Sie bethätigen ihm nicht selten ein ebenso weitgehendes Interesse, wie ehelichen Enkeln; selbst in letztwilligen Verordnungen giebt sich dies kund. Der Entwurf folgt auch hier einem gewissen Zuge der Zeit; und trotzdem dieses Mißtrauen gegen den Großvater? Man verkenne nicht, daß es sich hier meist um Personen in vorgerücktem Lebensalter handelt, das an sich schon eine Gewähr dafür bieten mag, daß die vormundschaftlichen Pflichten mit Ernst, Wohlwollen und einem gewissen Gefühl natürlicher Zuneigung erfüllt werden. Das starre Festhalten am „Bestellungsprinzip" verletzt das weitaus größere familienrechtliche Prinzip des Entwurfs.

Wenn aber das Bestellungsprinzip in Bezug auf die partikularrechtlich zugelassene gesetzliche Vormundschaft des Anstaltsvorstandes durchbrochen ist, warum sollte es nicht auch der weitaus bedeutungsvolleren gesetzlichen Vormundschaft des mütterlichen Großvaters weichen können?

Die technischen Bedenken des Entwurfs sind keineswegs unwiderleglich. Nach preußischem Recht erhält der Großvater als gesetzlicher Vormund eine bestallungsähnliche Urkunde, inhalts deren ihm die Erfüllung seiner Pflichten als gesetzlichem Vormunde besonders aufgetragen wird und der Waisenrath erhält von dieser Maßnahme Kenntniß.

Der Aufsicht des Waisenraths unterliegt der gesetzliche Vor-

Digitized by Google

mund ebenso, wie der besonders bestellte;[22]) und wenn den Waisenräthen im Verwaltungswege mit besonderem Nachdruck die Erfüllung der diesem Aufsichtsrecht entsprechenden Pflichten aufgetragen und wenn namentlich betont würde, daß sie auch in den hier geeigneten Fällen aus eigener Initiative mit dem Vormundschaftsgericht in Verbindung zu treten, und von allen, auch im Bereiche der gesetzlichen Vormundschaften auftretenden Veränderungen demselben Anzeige zu machen haben, so würde dem Hauptbedenken, daß sich die gesetzlichen Vormundschaften der Kontrole allmälig ganz entzögen, wohl begegnet werden können.

Die Beibehaltung der gesetzlichen Vormundschaft des mütterlichen Großvaters empfiehlt sich nach alledem, sowohl vom familienrechtlichen Standpunkt des Entwurfs aus, als auch von dem mit Nachdruck betonten Gesichtspunkt der Entlastung des Vormundschaftsgerichts und zahlreicher staatsbürgerlicher Arbeitskräfte.

Zum Mindesten würde es aber geboten erscheinen, für diese gesetzliche Vormundschaft des mütterlichen Großvaters in gleicher Weise, wie für diejenigen des Anstaltsvorstandes, den Landesgesetzgebungen Raum zu lassen.

2. Bei minderjährigen ehelichen Kindern wird die Bevormundung einzutreten haben:

Wenn die elterliche Gewalt des Vaters und der Mutter beendigt ist.

Diese Beendigung tritt ein:

α) Beim Ableben beider Eltern des Minderjährigen.

β) Dem Ableben des Inhabers der elterlichen Gewalt steht die Erlassung des Urtheils gleich, durch welches derselbe für todt erklärt wird.[23])

Wird der Vater für todt erklärt, so tritt an Stelle seiner elterlichen Gewalt die elterliche Gewalt der überlebenden Mutter.[24])

Wird der überlebende Vater oder die überlebende Mutter für

---

[22]) Oder präziser: das Aufsichtsrecht des Waisenraths erstreckt sich auf alle Mündel — also auch auf die unter gesetzlicher Vormundschaft stehenden — nur nicht auf diejenigen, welche sich unter väterlicher Gewalt befinden. Cfr. §§. 53, 54 Vorm.-O. — Johow Jahrb. Bd. 6 S. 64.

[23]) §. 1557.

[24]) §. 1501 Abs. 2

Digitized by Google

todt erklärt, so tritt der Fall der Bevormundung ihrer minderjährigen Kinder ein.

Die Einleitung der Vormundschaft wird demgemäß nach Erlassung des Ausschluß-Urtheils zu erfolgen haben — da sich das Todeserklärungs-Verfahren nach den §§. 824—836 C.-P.-O. bestimmt,[25]) und gegen das Ausschluß-Urtheil ein Rechtsmittel nicht stattfindet.[26])

Zwar soll die Todeserklärung nur die Vermuthung begründen,[27]) daß der Verschollene den Zeitpunkt ihrer Erlassung nicht überlebt habe. Allein angesichts der positiven Vorschrift des §. 1557 muß doch als feststehend gelten, daß die unmittelbaren Rechtsfolgen und materiell-rechtlichen Wirkungen der Todeserklärung denen des wirklichen Todes des Inhabers der elterlichen Gewalt völlig gleichstehen. Es ist diese Feststellung im Interesse der Rechtssicherheit unzweifelhaft nothwendig. Der Vormund des minderjährigen Kindes eines für todt erklärten überlebenden Ehegatten, tritt sogleich, voll und ganz, in Funktion.

Die rechtliche Wirksamkeit der von ihm für den Mündel vorgenommenen Rechtsgeschäfte kann nicht in Frage gestellt werden durch den Umstand, daß die Todeserklärung nur eine gesetzliche Vermuthung begründe, die widerlegt werden kann durch den Nachweis des in Wirklichkeit erst *später* erfolgten Todes;[28]) sie kann aber auch nicht in Frage gestellt werden durch eine etwaige Rückkehr des für todt Erklärten, auch wenn er die elterliche Gewalt durch eine hierauf gerichtete, gegenüber dem Vormundschaftsgericht abgegebene Willenserklärung wieder erlangt[29]) und die Vormundschaft demgemäß wieder aufgehoben werden muß.

Man wird nach Alledem aber auch die zwischenzeitig vorgenommenen vormundschaftlichen Rechtshandlungen des Vormundes gelten lassen müssen, wenn das Ausschlußurtheil gemäß §§. 834, 835 d. C.-P.-O. im Wege der Klage angefochten worden ist.

Eine besondere gesetzliche Regelung der Frage, hier, läßt der

[25]) §. 10 des Entwurfs.
[26]) §. 834 C.-P.-O.
[27]) §. 21 des Entwurfs.
[28]) Motive Bd. 4 zu §. 1557.
[29]) §. 1557 Abs. 3.

Digitized by Google

Entwurf vermissen; man darf wohl annehmen, daß er die Entscheidung der Frage, ebenso wie im Falle des §. 1327[4] — Beendigung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung in Folge der Todeserklärung des Ehemannes — bei der großen Seltenheit des Falles der Jurisprudenz überlassen will.[30])

Nach §. 22 des Entwurfs verliert die Todeserklärung ihre Kraft, wenn das Ausschlußurtheil in Folge der Anfechtungsklage aufgehoben wird; und der Entwurf erkennt es selbst an, daß „gewichtige Interessen bestehen können, daß eine an schweren Mängeln[31]) leidende Todeserklärung wieder aufgehoben werde."[32]) Es ist also die Erörterung der Frage an sich gewiß nicht bedeutungslos bei der unberechenbaren Mannigfaltigkeit der sich der rechtlichen Beurtheilung darbietenden Vorkommnisse des Lebens. Dann muß aber daran festgehalten werden, daß das die Aufhebung der Todeserklärung aussprechende Anfechtungsurtheil „für und gegen Jedermann", oder, wie das Marginale 2 der Motive zu §§. 22—24 sich ausdrückt, „in rem" wirkt. Die unmittelbare Folge ist mithin die Aufhebung der etwa eingeleiteten Vormundschaft über die minderjährigen Kinder des für todt erklärten Inhabers der elterlichen Gewalt. Aber die Kraft des Aufhebungsurtheils kann keine rückwirkende sein.[33])

Analog ist der Grundsatz im Entwurf anerkannt in dem Falle der Auflösung der Ehe in Folge der Todeserklärung. Die Todeserklärung eines Ehegatten bewirkt zwar nicht unmittelbare Auflösung der Ehe, wenn der für todt erklärte Ehegatte noch am Leben ist. Diese Folge tritt vielmehr erst ein, wenn der andere Ehegatte eine neue Ehe schließt. Dann bleibt diese Folge — Auflösung der ersten Ehe — unabänderlich bestehen, selbst wenn die Todeserklärung nach Schließung der neuen Ehe wieder aufgehoben wird, denn der Entwurf will den Bestand der einen oder der anderen Ehe nicht von der Willkür eines Jeden, welcher an der Aufhebung der Todeserklärung ein rechtliches, vielleicht nur vermögensrechtliches Interesse hat, abhängig machen. Dementsprechend muß gesagt werden,

[30]) Motive zu §. 1327 Bd. 4 S. 294.

[31]) Wie solche im §. 834 Abs. 2 C.-P.-O. gekennzeichnet sind.

[32]) Motive Bd. 1 S. 51.

[33]) §. 1464.

Digitized by Google

es dürfe der Bestand der von dem Vormunde eingegangenen Rechtsgeschäfte oder vollzogenen Rechtshandlungen nicht von der Willkür eines Jeden, welcher an der Aufhebung der Todeserklärung ein vielleicht nur vermögensrechtliches Interesse hat, abhängig gemacht werden. Hier wie dort handelt es sich nur um familienrechtliche Verbindungen, um Zustandsrechte, deren Neubegründung nach der Todeserklärung gesetzlich zulässig oder geboten ist, und um wohlerworbene Rechte, die in solchen kraft Gesetzes neu geordneten Personenrechtsverhältnissen wurzeln.

Anders liegt die Sache bei der vom Entwurfe gewährten hereditatis petitio utilis des für todt Erklärten.[34]) Der für todt Erklärte hat sie unter Umständen dann, wenn in Folge der Anfechtungsklage das Urtheil, durch welches die Todeserklärung ausgesprochen ist, aufgehoben wird. In diesem Falle wird durch die Todeserklärung ein wirkliches Erbrecht gar nicht begründet; nicht für Denjenigen, welcher auf Grund der aufgehobenen Todeserklärung als vermeintlicher Erbe Vermögensstücke in Besitz genommen. Die Todeserklärung hatte für ihn keinen Rechtszustand, sondern einen Schwebezustand geschaffen. Nur ein „vermeintliches Recht" ist da.[35]) Erst die Aufhebung der Todeserklärung im Anfechtungsprozeß ergiebt für den wirklichen Eigenthümer den Rechtsanspruch auf Herausgabe seines Vermögens, wie im Falle „des Erbschaftsanspruchs" — hereditatis petitio utilis.

7) Wenn die überlebende Mutter eine neue Ehe schließt.

Auch durch Eingehung einer neuen Ehe wird die elterliche Gewalt der Mutter beendigt, und als residuum bleibt nach dem Entwurf nur die thatsächliche Sorge für die Person der Kinder früherer Ehe übrig.

Im Uebrigen ist dann die Einleitung der Altersvormundschaft über dieselben erforderlich.

Es ist festzuhalten, daß der Zeitpunkt des Verlustes der elterlichen Gewalt der wiederheirathenden Mutter zusammenfällt und

[34]) §. 2089

[35]) §. 888.

[36]) §. 1558.

Digitized by Google

auch nur zusammenfallen kann mit dem Abschluß der neuen Ehe, d. h. erst mit der thatsächlich vor dem Standesamt vollzogenen und durch dasselbe beurkundeten Eheschließung. Dies wäre demnach der Moment, der dem Vormundschaftsgericht den gesetzlichen Anlaß zur Einleitung der Altersvormundschaft darzubieten hätte. Allein das Vormundschaftsgericht wird mit der Angelegenheit, die den äußeren Anlaß zur Einleitung der Altersvormundschaft bietet, bereits vor jenem Zeitpunkte befaßt sein. Es wird also die thatsächlichen Voraussetzungen der einzuleitenden Vormundschaft bereits zu beurtheilen in der Lage sein, bevor noch die Nothwendigkeit an dasselbe herangetreten ist, die ersten einleitenden Verfügungen zu treffen, soweit dieselben sich auf die Bestellung des Vormundes beziehen. Hierzu wird es demnach nicht erst einer besonderen äußeren Anregung, etwa der amtlichen Anzeige des Standesamts bedürfen.

Denn die Sicherung der Vermögensinteressen der Kinder früherer Ehe erfordert schon eine präventive vormundschaftsgerichtliche Kontrole, und diese vorbeugenden Schutzmaßregeln gewährt der Entwurf in ausreichendem Maße.

Im Gebiet des preußischen Rechts hatten die Bestimmungen im §. 38 Absatz 2 Reichsgesetz vom 6. Februar 1875[37]) zur Folge, daß die Standesämter die Vornahme der Eheschließung eines Ehegatten, der minderjährige Kinder früherer Ehe besitzt, von der Beibringung des nach §. 18 Th. II Tit. 1 A. L.-R. erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Heirathskonsenses oder Auseinandersetzungsatteste abhängig zu machen haben. — Jetzt sollen „in Ansehung der Erfordernisse der Eheschließung und in Ansehung der rechtlichen Folgen einer gegen die gesetzlichen Vorschriften vorgenommenen Eheschließung lediglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden.“[38])

Nun findet sich im *ersten* Abschnitt des das Familienrecht behandelnden *vierten* Buches unter den die Ehehindernisse behandelnden Bestimmungen auch die Vorschrift, daß „wer ein minderjähriges oder von ihm selbst bevormundetes eheliches Kind hat, eine Ehe erst schließen darf, nachdem das Vormundschaftsgericht ein

[37]) Ueber die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung.

[38]) Art. 28 Entw. eines Einführungsgesetzes z. B. G.-B., der den §§. 28 bis 40 des Gesetzes vom 6. Februar 1875 diesen einen Art. 28 substituiren will.

Digitized by Google

Zeugniß darüber ertheilt hat, daß die gesetzlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Auseinandersetzung mit dem Kinde erfüllt sind oder ihm nicht obliegen.[39]) Es soll diese Vorschrift analog dem §. 38 Abs. 2 R.-G. vom 6. Februar 1875 nur die Bedeutung eines aufschiebenden Ehehindernisses haben.

Es wird also, entsprechend dem geltenden preußischen Recht, auch fernerhin das Standesamt die Vornahme der Eheschließung eines überlebenden Ehegatten, der ein minderjähriges oder bevormundetes Kind früherer Ehe besitzt, von der Vorlegung eines vormundschaftsgerichtlichen Heirathskonsenses abhängig zu machen haben.

So können dem preußischen Rechtsgebiet die vom Entwurf gegebenen Garantien nicht durchaus fremd erscheinen; sie weisen sehr deutliche Anklänge an die preußischen Vorschriften auf. Aber eine eingehende Prüfung und Vergleichung ergiebt doch wiederum manche wesentliche Unterscheidungsmerkmale von symptomatischer Bedeutung.

Den leitenden Grundsatz des Entwurfs stellt §. 1548 auf:

> Der Inhaber der elterlichen Gewalt ist verpflichtet, vor Schließung einer neuen Ehe dem Vormundschaftsgericht von der beabsichtigten Eheschließung Anzeige zu erstatten, ein Verzeichniß des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens des Kindes einzureichen und, wenn er und das Kind den anderen Elterntheil beerbt haben, die Auseinandersetzung in Ansehung der Erbschaft herbeizuführen; das Vormundschaftsgericht kann jedoch gestatten, daß die Auseinandersetzung erst zu einer späteren Zeit erfolge.

Anscheinend zeigt sich hier eine gewisse Vereinfachung der einschlagenden Materie und scheinbar eine größere Gleichmäßigkeit in der Behandlung der in Betracht kommenden Personen. Denn das ist nicht außer Acht zu lassen, daß die in Frage kommenden Einzelbestimmungen des Allgemeinen Landrechts in Verbindung mit der Preußischen Vormundschaftsordnung eine sehr erhebliche Ungleichmäßigkeit in der Behandlung der wieder heirathenden Ehegatten und ihrer Kinder ergeben. Voraussetzung, Form der Aus-

[39]) §. 1242.

Digitized by Google

einandersetzung und ihre unmittelbaren Rechtsfolgen und Wirkungen in Bezug auf das Vermögen der Kinder sind verschieden, je nachdem es sich um die Wiederverheirathung des Vaters oder der Mutter handelt. Die Auseinandersetzung des Vaters mit seinen Kindern erfolgt unter Zuziehung eines Theilungspflegers, der übrigens auch bei der ferneren Verwaltung des ausgemittelten Vermögens der Kuranden „das Interesse derselben wahrnehmen soll, wenn die einmal bestellte Sicherheit schlechter wird, wenn eine Veränderung damit vorgenommen werden soll, wenn der Vater bei seiner Verwaltung die gesetzlichen Schranken überschreitet, oder wenn ein Fall der nothwendigen Sicherheitsbestellung eintritt.“[40]) Allein wegen unterlassener Befolgung dieser Vorschriften haftet er nur dann, wenn ihm die betreffenden Umstände bekannt oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen sind.[41])

Wenig ausreichend erscheint hiernach die gesetzliche Garantie, die dem minderjährigen Kinde erster Ehe geboten ist, nicht durchaus zuverlässig der Rechtsschutz bezüglich seiner Ansprüche auf sein — insbesondere mütterliches — Vermögen. Der Theilungspfleger hält sich jeder weiteren Verpflichtung dem Kinde gegenüber nach Abschluß des Auseinandersetzungsrezesses in der Regel für überhoben; jedenfalls sind die gesetzlichen Vorschriften, die es ihm zur Pflicht machen, auch nach der Auseinandersetzung die Interessen der Kinder wahrzunehmen und für Sicherung der Kindesrechte zu sorgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen später eintreten, jedenfalls sind die Bestimmungen über die Haftbarkeit des Theilungspflegers wegen unterlassener Befolgung dieser Vorschriften derartig, daß ein Regreß gegen ihn sehr schwer zu begründen ist. Dieser singulären Verpflichtungen bleibt der Theilungspfleger im Lauf der Zeit sich schwerlich bewußt; eine örtliche Trennung zumal entfremdet ihn leicht den ihm früher bekannten, sich später ändernden Verhältnissen des Vaters. Ihm bleibt vorherrschend nur das Bewußtsein, daß nach stattgehabter Auseinandersetzung die Rechte des Vaters auf Verwaltung des Kindesvermögens wieder in Kraft treten, und daß er sich in diese Verwaltung nicht einzumischen habe.

---

[40]) §. 970 II. 18 A. L.-R.
[41]) §. 975 a. a. O.

Digitized by Google

Umfassender und wirksamer gestaltet sich der Rechtsschutz der Minorennen, wenn die Mutter zur zweiten Ehe schreitet. Hier findet die Auseinandersetzung zwischen Mutter und Vormund statt, und, ist die Mutter selbst Vormünderin, so wird die zu Tage tretende Interessenkollission einfach durch Bestellung eines Spezialpflegers gelöst, der die Rechte der Mündel der Vormünderin-Mutter gegenüber wahrnimmt, bis das Kindesvermögen ermittelt und mündelsicher angelegt ist. Dann tritt die ordnungsmäßig kontrolirte vormundschaftliche Verwaltung wieder in ihre Rechte ein.

Es bedarf nur des Hinweises auf diese verschiedenartige Rechtsstellung der Kinder aus früherer Ehe im Falle der Wiederverheirathung des überlebenden Elterntheils. Hier der ergiebige Rechtsschutz des ununterbrochen kontrolirten Vormundes, dort der problematische Schutz des Theilungspflegers mit seinen dehnbaren Rechten und Pflichten.

Zwar bleibt ja dort die väterliche Gewalt unberührt von der Wiederverheirathung, unberührt bleibt das väterliche Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht; und der Vater hat nach Suarez' bekanntem Ausspruch doch immer die Vermuthung für sich, daß er seine Kinder nicht um das ihrige bringen werde;[42]) allein es geschieht doch, daß die Beziehungen des Vaters, wenn er zur anderweiten Ehe geschritten ist, zu den Kindern seiner früheren Ehe sich lockern, daß eine neue Ehe den Schwerpunkt seines Interesses in den neu begründeten Kreis der Familie verschiebt.

Auch nach dem Entwurf wird die Ungleichmäßigkeit der Rechtsstellung der minorennen Kinder früherer Ehe nicht ganz ausgeglichen.

Nach dem Entwurf ist der Inhaber der elterlichen Gewalt, gleichviel ob Vater oder Mutter, vor Schließung der neuen Ehe verpflichtet, dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen und ohne Ausnahme ein Verzeichniß des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens der Kinder einzureichen. Hinsichtlich des von dem anderen Elterntheil herrührenden Vermögens hat er die Aus-

[42]) Der Ges. Rev. Pens. XV. Einl. der Motive zu §§. 120 fg. d. Entw. S. 76 wollte allerdings die Rechte des Vaters an dem nicht freien Vermögen der Kinder im Wesentlichen lediglich auf den Nießbrauch zurückführen, die Verwaltung des Vaters aber unter spezielle Aufsicht des vormundschaftlichen Gerichts stellen.

Digitized by Google

einandersetzung herbeizuführen. In jedem Falle vertritt bei dieser Auseinandersetzung ein Pfleger die Kinder.[43])

Der Pfleger hat zwar im Sinne des Entwurfs, der nur Personal-, nicht Realpflegschaften kennt, ganz die rechtliche Stellung eines Vormundes, eines gesetzlichen Vertreters der Person des Pflegebefohlenen, und es liegt ihm auch die Fürsorge für das Vermögen des letzteren ob, aber nur innerhalb jenes bestimmten Kreises von Angelegenheiten, bei welchen die Fürsorge des Inhabers der elterlichen Gewalt aus einem thatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht eintreten kann. Dies ist der Fall, so lange die Auseinandersetzung dauert. Ist dieselbe erledigt, so tritt der Vater wieder in seine Rechte voll und ganz ein. Denn die Wiederverheirathung des Vaters soll auf den Fortbestand seiner elterlichen Gewalt, einschließlich der elterlichen Nutznießung, ohne Einfluß sein. Also an jenes Aufsichts- oder Anzeigerecht und die demselben entsprechenden, wenn auch schwer zu kontrolirenden Pflichten, die der preußische Theilungspfleger doch noch hatte, ist für die Zukunft nicht zu denken. Der Entwurf geht im Gegentheil von dem gerade entgegengesetzten Gesichtspunkte aus, daß die Gefahr einer Entfremdung den Kindern früherer Ehe gegenüber im Falle der Wiederverheirathung des Vaters weit geringer sei, als im Falle der Wiederverheirathung der Mutter. Es ergiebt sich hieraus eine bemerkenswerthe Reihe von Neuerungen, die sich als systematische Erleichterungen der Lage des wiederheirathenden Ehegatten erweisen. So kann das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen von der Auseinandersetzung vor der Eheschließung absehen und auch ohne dieselbe den Heirathskonsens ertheilen, weil bisweilen gerade eher die Fortsetzung der bisherigen Gemeinschaften im allseitigen Interesse liegen könne. Und dann soll eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung mit der Wiederverheirathung des Vaters nicht mehr verbunden sein. In dieser Verpflichtung zur Sicherheitsleistung sieht der Entwurf eine Härte für den Vater, die zur Zerrüttung seiner Vermögensverhältnissen führen könne. Diese Sicherheitsleistung liege auch nicht im Interesse des Kinder, da in vielen Fällen die Wiederverheirathung gerade im Interesse des Kindes sei.[44])

[43]) §. 1738.

[44]) Cfr. Motive Bd. 4 S. 812, 813.

Digitized by Google

Wesentlich anders gestaltet sich die Rechtsstellung des Kindes, wenn die Mutter zur zweiten Ehe schreitet. Hier wie dort ist zwar die Anzeige von der bevorstehenden Wiederverheirathung und die Einreichung des Vermögensverzeichnisses an das Vormundschaftsgericht gesetzlich geboten. Hier wie dort ist sodann eine Auseinandersetzung, unter Zuziehung eines Pflegers, vorzunehmen, von der das Vormundschaftsgericht ausnahmsweise aus besonderen Gründen ebenso Abstand nehmen kann. Aber während dort mit der Erfüllung dieser Obliegenheiten die Angelegenheit überhaupt erledigt ist, dienen die Einreichung des Vermögensverzeichnisses und die Auseinandersetzung im Falle der Wiederverheirathung der Mutter gewissermaßen als Vorgänge, die bestimmt sind, die demnächst einzuleitende Vormundschaft vorzubereiten. Sobald diese unmittelbar nach Vollziehung der Ehe der Mutter ins Leben tritt, treten auch die gesammten persönlichen und Vermögens-Interessen des Kindes unter den dauernden, umfassenden Rechtsschutz der Vormundschaft.

Unwillkürlich drängt sich der Gedanke auf, daß die legislative Behandlung dieser gesammten Materie den Eindruck eines ungelösten Widerspruchs hervorrufen müsse.

Die alte patria potestas fällt, und es tritt die elterliche Gewalt hervor, mit grundsätzlich gleichberechtigten Trägern. Denn die Summe der Rechte und Pflichten bleibt dieselbe, gleichviel, ob der Vater oder die Mutter der jeweilige Träger der elterlichen Gewalt ist. Mit diesem neuen, einheitlichen, bestimmt umgrenzten, eigenartigen Rechtsbegriff der elterlichen Gewalt, den ein zweifellos glücklicher Gedanke gefördert, ist zu rechnen. Dieser Rechtsbegriff steht im Vordergrunde der Beurtheilung, die Person des jeweiligen Inhabers ist nicht das vorzugsweis Entscheidende; nur die rein äußerliche zeitliche Reihenfolge bestimmt sie. — Und da sollte man doch annehmen dürfen, daß bei einem so fest umgrenzten und geregelten Rechtsbegriff, — wie Form und Inhalt, Voraussetzungen und Wirkungen, — so auch die Beendigungsarten einheitlich geregelt sein müßten!

Man sollte mithin vom Standpunkt des Entwurfs aus folgern dürfen, entweder daß die Wiederverheirathung des Inhabers der elterlichen Gewalt auf den Fortbestand der elterlichen Gewalt

Digitized by Google

überhaupt nicht von Einfluß sei — und das wäre in mehr als einer Beziehung bedenklich — oder daß die Wiederverheirathung einer der Aufhebungsgründe sei — und dann sollte ein Unterschied zwischen Vater und Mutter nicht gelten, denn diese Unterscheidung erscheint im Grunde prinzipwidrig.

Daß die Gefahr einer Entfremdung zwischen dem wiederheirathenden Elterntheil und den Kindern früherer Ehe beim Vater geringer sei als bei der Mutter läßt sich, als ein allgemein unter allen Umständen geltender Erfahrungssatz nicht hinstellen. Das ist lediglich quaestio facti. Es läßt sich ebensowohl sagen, daß in gleichmäßig zahlreichen Fällen gerade bei der Mutter die natürlich begründete innigere Zuneigung das Gefühl der Entfremdung ihren Kindern gegenüber auch unter veränderten Verhältnissen nicht aufkommen lasse.

Und weiter — dieselbe Ehefrau, die für würdig und fähig erachtet wird, Inhaberin der vollen und uneingeschränkten elterlichen Gewalt zu werden, verliert im Falle der Wiederverheirathung die elterliche Nutznießung,[45]) aber der wiederheirathende Ehemann behält sie! Daß, wie der Entwurf meint, größere Unzuträglichkeiten mit der Fortdauer der Nutznießung verbunden sein sollen im Falle der Wiederverheirathung der Ehefrau, als in dem anderen Falle, leuchtet doch nicht ein.

Die Mutter kann alsdann, mit Zustimmung ihres zweiten Ehemannes, zum Vormunde ihrer Kinder bestellt werden. — Entsprechend würde dies auch in Bezug auf den wiederheirathenden Vater gelten können. Ueber seine volljährigen entmündigten oder des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig erklärten Kinder ist nach §. 1729 der Vater in erster Reihe als Vormund berufen. Eine entsprechende Anwendung des Satzes gegenüber den minderjährigen Kindern früherer Ehe würde den verschiedenen in Betracht kommenden Gesichtspunkten und Interessen wohl Rechnung tragen. Und es kommt hinzu, daß die entsprechende Anwendung des §. 1733 auf den zum Vormunde bestellten Elterntheil ihm überdies kraft Gesetzes jene freiere vormundschaftliche Stellung begründen würde, deren der Vormund sonst entbehrt. Die geringfügige Mehrbelastung

[45]) Motive Bd. 4 S. 834, 835.

Digitized by Google

der Vormundschaftsgerichte würde in keinem Verhältniß stehen zu der umfassenden Beruhigung der Gemüther, zu jenem Gefühl der Befriedigung, welche die große Mehrzahl der Betheiligten darüber empfinden muß, daß sich die Kinder früherer Ehe in allen Fällen des gleichen staatlichen Rechtsschutzes erfreuen.[46]) — Zwar legt der §. 1552 den Gemeindewaisenräthen die Verpflichtung auf, die Fälle, in welchen das Vormundschaftsgericht gegen den Inhaber der elterlichen Gewalt wegen Mißbrauchs derselben und wegen Gefährdung der Interessen der Hauskinder zu einem Einschreiten berufen ist, sobald sie von denselben Kenntniß erlangen, dem Vormundschaftsgericht unverzüglich anzuzeigen; allein von erheblich praktischer Bedeutung kann diese Vorschrift deshalb nicht sein, weil den Gemeindewaisenräthen ein regelmäßiges Aufsichtsrecht den Inhabern der elterlichen Gewalt gegenüber nicht zusteht, sie daher nur in seltenen zufälligen Ausnahmefällen in der Lage sein dürften, von derartigen die inneren Familienverhältnisse berührenden Angelegenheiten Kenntniß zu erlangen.

δ) Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt dieselbe verwirkt.

In diesem Falle entfernt sich der Entwurf von den Bestimmungen des geltenden preußischen Rechts. Denn nach diesem verliert der Vater die Gewalt[47]) für die Dauer, wenn er wegen grober Verbrechen zur Zuchthausstrafe (hart und schmählich, sagt das A. L.-R. II. 2. §. 255), oder harter und schmählicher Festungsarbeit, oder zu zehnjähriger, mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verbundener Gefängnißstrafe verurtheilt ist.

Nach §. 1559 des Entwurfs verwirkt dagegen der Inhaber der elterlichen Gewalt dieselbe, wenn er wegen eines „gegen das Kind" oder „an dem Kinde" verübten Verbrechens oder vorsätzlich begangenen Vergehens zu einer Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnißstrafe von sechsmonatiger oder längerer Dauer verurtheilt

---

[46]) Der Code geht ja doch noch ungleich weiter! Nicht einmal die Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten wartet er ab, um ihm die vormundschaftlichen Funktionen zu übertragen.

[47]) Ueberhaupt über sämmtliche gewaltunterworfenen Kinder.

Digitized by Google

wird. Mit der Rechtskraft des Urtheils wird die elterliche Gewalt beendigt.

Es ist demgemäß in solchem Falle unter allen Umständen die Vormundschaft einzuleiten, gleichviel, ob während stehender Ehe die Verurtheilung den Vater betroffen, oder nach seinem Ableben beziehungsweise nach seiner Todeserklärung die Mutter eine derartige Bestrafung erlitten hat.

Denn da die elterliche Gewalt des Vaters erst nach seinem Tode (§. 1501) oder nach seiner Todeserklärung (§. 1557 Abs. 2) auf die Mutter übergeht, so hat im Sinne des Entwurfs die Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters in Gemäßheit des §. 1559 oder die sonstige Beendigung derselben zu Lebzeiten des Vaters nicht jene Wirkung und Bedeutung, daß die elterliche Gewalt sodann schon auf die Mutter übergeht. Nicht einmal die thatsächliche Sorge für die Person des Kindes soll der Mutter in diesem Falle zustehen. Denn auf Grund des §. 1506 hat sie die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen während des Bestehens der Ehe nur neben dem Vater, soweit dies ihr nicht auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen,[48]) namentlich in den Fällen des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters unabhängig von diesem zusteht; denn der Entwurf findet es bedenklich wegen des Einflusses, welchen der Vater seiner ganzen Stellung nach auf die Mutter ausübt, ihr die Pflicht und das Recht der Sorge für die Person des Kindes beizulegen.[49]) Wird aber die Ehe geschieden, so wird die elterliche Gewalt auch schon vor dem Tode des Vaters auf die Mutter übertragen. Im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt steht mithin die Scheidung der Ehe dem Ableben gleich.

Die verschiedenartigen in Frage kommenden Möglichkeiten sind folgende:

1. Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt, nach Maßgabe des §. 1559, während bestehender Ehe.

Die Staatsanwaltschaft wird im Falle der Verurtheilung des Vaters wegen eines der im §. 1559 erwähnten Verbrechen oder

[48]) §§. 1461, 1462, 1456, 1555.
[49]) Motive Bd. 4 S. 755.

Digitized by Google

Vergehen[50]) die mit dem Rechtskrafttatest versehene Ausfertigung des Urtelstenors dem zuständigen Vormundschaftsgericht zur weiteren Veranlassung mitzutheilen haben.

Letzteres hat demgemäß die Vormundschaft einzuleiten, jedoch nur über dasjenige Kind, gegen welches oder an welchem das Verbrechen oder Vergehen verübt ist.[51]) — Der Entwurf hält es für unzulässig, von dem Verhalten des Inhabers der elterlichen Gewalt gegenüber dem einen Kinde auf das künftige Verhalten desselben gegen andere Kinder einen Schluß zu ziehen!

Soll der §. 1559 so verstanden werden, dann bedarf er einer redaktionellen Ergänzung. Denn wenn es auch im Eingang heißt: „Ist der Inhaber der elterlichen Gewalt wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich begangenen Vergehens zu einer Zuchthausstrafe, oder zu einer Gefängnißstrafe von sechsmonatiger oder längerer Dauer verurtheilt", ... so bestimmt doch der Paragraph sodann weiter ganz allgemein .... „so wird die elterliche Gewalt desselben mit der Rechtskraft des Urtheils beendigt. (Verwirkung.)"

Wer so den Paragraphen unbefangen liest, kann schwerlich auf die Vermuthung kommen, daß es sich darin um etwas anderes als um eine der gesetzlich anerkannten Beendigungsarten der elterlichen Gewalt überhaupt handelt; schwerlich ist die Absicht des Gesetzgebers zwischen den Zeilen herauszulesen. Sie würde nur dann klar erhellen, wenn hinter den Worten: „so wird die elterliche Gewalt desselben" etwa die Worte: „über dieses Kind" eingeschaltet würden. Allein der Paragraph erscheint so, wie er voraussichtlich verstanden wird und nicht, wie er verstanden werden sollte, annehmbarer. Denn die subtile Unterscheidung, die der Entwurf in Bezug auf die Kinder des verurtheilten Inhabers der elterlichen Gewalt macht, erscheint durchaus unzweckmäßig, und der ihr zu Grunde liegende legislative Gedanke wird mit dem Rechtsbewußtsein der überwiegenden Mehrheit sich schwer in Einklang bringen lassen. Die sittliche Entartung eines Familienoberhaupts, das sich eines so

[50]) Die Motive nennen Incest, widernatürliche Unzucht, Vornahme unzüchtiger Handlungen an Kindern §. 176 Nr. 1, 3, §. 174 Nr. 1 Str.-G.-B.

[51]) Motive Bd. 4 S. 840.

Digitized by Google

schweren Verbrechens oder Vergehens gegen ein seiner Gewalt unterworfenes Kind zu schulden kommen läßt, wie es der §. 1559 voraussetzt, ein so ungeheuerlicher Mißbrauch dieser Gewalt rechtfertigt die Entziehung derselben ohne Zweifel kraft Gesetzes; und es sollte nicht erst jenes Umweges bedürfen — den der Entwurf durch seinen Hinweis auf §. 1546 und die darin erst dem Vormundschaftsgericht gegebene Möglichkeit macht, — dem Inhaber der elterlichen Gewalt auch in Ansehung der anderen Kinder die elterliche Gewalt zu entziehen.

Von dieser Befugniß Gebrauch zu machen, wird das Vormundschaftsgericht, wenn eine Verurtheilung im Sinne des §. 1559 vorliegt, wohl regelmäßig in der Lage sein.

2. Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt, nach Maßgabe des §. 1559, nach Auflösung der Ehe durch Scheidung. Der Verlust der elterlichen Gewalt im Falle der Verwirkung, einschließlich des Verlustes der Nutznießung, ist ein dauernder. Die elterliche Gewalt geht auf die geschiedene Ehefrau über. Verlust der Gewalt und Uebergang derselben auf den anderen Elterntheil betrifft aber — im Sinne des Entwurfs — nur dasjenige Kind, gegen welches oder an welchem das Verbrechen oder Vergehen begangen worden ist.

In diesem Falle hat das Vormundschaftsgericht keinerlei Verfügungen zu treffen. Wenn aber:

3. die geschiedene oder überlebende Ehefrau die elterliche Gewalt nach Maßgabe des §. 1559 verwirkt, so ist, entsprechend dem Falle zu 1., eine Vormundschaft einzuleiten. Und wiederum treten hier jene Bedenken gegen diejenige Unterscheidung hervor, welche der Entwurf in Bezug auf die einzelnen Kinder macht. —

ε) Nicht unter elterlicher Gewalt steht das eheliche Kind ferner dann, wenn die Ehe, aus der es entsprossen ist, nichtig ist und diese Nichtigkeit beiden Ehegatten bei der Eheschließung bekannt war, oder ihre Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht hat.[52])

Während der Entwurf in solchem Falle dem Vater auch alle sonstigen aus der Vormundschaft sich ergebenden Rechte abspricht,

[52]) §. 1566.

Digitized by Google

beläßt er der Mutter nur die Pflicht und das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, in dem gleichen Maße wie bei Eingehung einer neuen Ehe ihrerseits.

Die Voraussetzung ist zunächst die Nichtigkeit der Ehe.

Die Ehe ist nichtig:

a) wenn sie nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form[53]) vor dem zuständigen Standesbeamten in der Weise geschlossen ist, daß die Verlobten vor dem Standesbeamten, bei gleichzeitiger Anwesenheit persönlich und in Gegenwart von zwei Zeugen, den Willen der Eheschließung erklären und daß hierauf die Ehe von dem Standesbeamten für geschlossen erklärt wird.

b) wenn einer der Eheschließenden zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war, also:

aa) im Kindesalter stand,[54])

bb) des Vernunftsgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt war, für die Dauer dieses Zustandes, oder, wenn er wegen Geisteskrankheit entmündigt war, so lange die Entmündung besteht,[55]) und die Ehe nicht nachträglich nach aufgehobener Geschäftsunfähigkeit genehmigt wird;[56])

cc) wenn Personen eine neue Ehe eingehen, bevor noch eine etwaige frühere Ehe des einen oder des andern Theils aufgelöst, oder für ungiltig erklärt ist,[57]) oder wenn eine Ehe zwischen Verwandten (im Sinne des Gesetzbuchs) in geraden Linien, zwischen voll- oder halbbürtigen Geschwistern, oder zwischen Verschwägerten in gerader Linie geschlossen wird.[58])

Die Frage liegt nahe, wie das Vormundschaftsgericht in die

---

[53]) §§. 1245, 1248.

[54]) Bis zum zurückgelegten siebenten Lebensjahr §. 25. Der Fall wird also kaum praktisch werden.

[55]) §. 64.

[56]) §. 1251.

[57]) §. 1234.

[58]) §. 1236.

Digitized by Google

Lage versetzt werden soll, über die aus so nichtiger Ehe entsprossenen minderjährigen Kinder die Vormundschaft einzuleiten?

Wenn die Nichtigkeit der Ehe nicht auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruht, so soll dieselbe, nach dem Entwurf,[59]) nicht ohne Weiteres als nichtig behandelt, sondern in einem besonderen Verfahren auf Grund einer Nichtigkeitsklage durch rechtskräftiges Urtheil, das nur deklaratorische Bedeutung hat, festgestellt werden. Beruht aber die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel bei der Eheschließung, so ist die Ehe ipso jure, von Anfang an, als nicht geschlossen anzusehen. Hier gilt das: quod ab initio nullum, non potest tractu temporis convalescere.

Um den letzteren Fall vorweg zu nehmen: Die Frage liegt nahe, wie die ipso jure nichtige Ehe in den geeigneten Fällen zuverlässig zur Kognition des zuständigen Vormundschaftsrichters gelangen soll? Daß die Betheiligten selbst die Initiative ergreifen, ist doch kaum anzunehmen. Wohl aber würde das Standesamt für berufen erachtet werden können, im Falle der Entdeckung eines so unheilbaren Formfehlers und nach weiterer Feststellung der Vorfrage, ob aus derartig nichtiger Ehe Kinder hervorgegangen sind, den Bevormundungsfall dem Vormundschaftsgericht zur weiteren Veranlassung zu unterbreiten. Die Regelung dieser amtlichen Anzeigepflicht würde instruktioneller Vorschrift vorzubehalten sein.[60])

Nun erwächst eine weitere Schwierigkeit anscheinend daraus, wie die Kenntniß beider Ehegatten von der Nichtigkeit der Ehe, oder ihre grobe Fahrlässigkeit festzustellen sei?

Es liegt nahe, die Antwort aus der generellen Rechtspräsumtion herzuleiten, daß die Kenntniß der Gesetze bei Jedermann vorausgesetzt werden müsse. Umsomehr muß dieser Rechtsgrundsatz Anwendung finden bei den Betheiligten in Bezug auf die Kenntniß derjenigen gesetzlichen Vorschriften, durch welche ein Akt von solcher Bedeutung und Tragweite, wie es für sie die Ehe ist, beurkundet wird. Der Vormundschaftsrichter wird demnach, bei gehöriger Würdigung dieser gegründeten rechtlichen Vermuthung im gegebenen

[59]) Motive zu §. 1252.

[60]) Im Falle der Bigamie wird das die Voraussetzungen der Bevormundung darbietende Material sich schon aus den Untersuchungsakten ergeben; hier würde die Anzeigepflicht den bei dem Strafverfahren mitwirkenden Faktoren obliegen.

Digitized by Google

Falle die Vormundschaft einleiten und das Weitere in dieser Beziehung gewissermaßen dem Einwande überlassen können. Es wird derjenige Elterntheil, der die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt und demgemäß etwa die Aufhebung der Vormundschaft verlangt, nachzuweisen haben, daß er jene Kenntniß von der Nichtigkeit seiner Ehe nicht gehabt habe und daß ihm grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last gelegt werden könne.

In dem andern Falle dagegen, wenn die aus einem andern Grunde, als in Folge eines Formmangels nichtige Ehe durch rechtskräftiges Urtheil für ungiltig erklärt wird, soll nach §. 582 C.-P.-O.[61]) das Urtheil den Parteien von Amtswegen zugestellt werden. Zwar kann nach §. 1253 die Nichtigkeitsklage auch von dem Staatsanwalt erhoben werden. Er wird, entsprechend den §§. 509 fg. C.-P.-O. auch, wenn er die Nichtigkeitsklage nicht erhoben hat, zum Verfahren zuzuziehen sein; analog dem Verfahren in Entmündigungssachen, in welchen der Staatsanwalt ebenso nach §. 595 fg. C.-P.-O. zur Stellung des Entmündigungsantrages und zur Betreibung des Verfahrens durch Stellung von Anträgen[62]) befugt ist. Nach §. 602 C.-P.-O. ist der über die Entmündigung zu erlassende Beschluß dem Antragsteller und dem Staatsanwalt von Amtswegen zuzustellen. Der §. 582 C.-P.-O. schreibt dies in Bezug auf Urtheile, durch welche auf Ungiltigkeit der Ehe erkannt ist, nicht vor. Es wird also ein solches Urtheil dem Staatsanwalt nur auf Antrag zuzustellen sein. Und den Antrag wird er nur stellen, wenn ein öffentliches, von ihm wahrzunehmendes Interesse dies erfordert.

Von diesem Gesichtspunkte aus, bei der nur fakultativen Theilnahmeverpflichtung der Staatsanwaltschaft, kann es im Sinne und Geiste des Prozeßgesetzes nicht liegen, der Staatsanwaltschaft die amtliche Verpflichtung aufzuerlegen, in allen geeigneten Fällen auch der Vormundschaftsbehörde durch Mittheilung des auf Ungiltigkeitserklärung der Ehe lautenden Urtheils von den hier maßgebenden Voraussetzungen einer Bevormundung Mittheilung zu machen.[63])

[61]) In derjenigen Fassung, welche durch Art. 11 I. Einführungsgesetz vorgeschlagen ist.

[62]) §. 597.

[63]) Cfr. §. 16 Preuß. Vorm.-O.

Digitized by Google

Der bloßen Möglichkeit, daß diese Mittheilung durch die Parteien oder deren Vertreter erfolgen wird, kann ebensowenig Rechnung getragen werden, wie der vagen Eventualität einer zufälligen Kenntnißnahme seitens des Vormundschaftsgerichts.

Aber wie der §. 603 C.-P.-O. es dem Prozeßgericht zur Pflicht macht, den die Entmündigung aussprechenden Beschluß von Amtswegen auch der Vormundschaftsbehörde mitzutheilen, so sollte das Prozeßgericht nach §. 582 C.-P.-O. Urtheile, durch welche auf Nichtigkeit der Ehe erkannt ist, nicht blos den Parteien von Amtswegen zustellen, sondern in den geeigneten Fällen auch der Vormundschaftsbehörde mitzutheilen verpflichtet sein. Das Material, das die Voraussetzungen einer Bevormundung darzubieten geeignet ist, ergiebt sich aus den Prozeßakten.

Nach dieser Richtung hin bedarf demnach §. 582 C.-P.-O. einer entsprechenden Ergänzung.

III.

B. Der Minderjährige soll ferner einen Vormund erhalten, wenn die elterliche Gewalt auf die elterliche Nutznießung beschränkt ist.

Diese Beschränkung kann eine Folge der Entziehung der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht sein.

§. 1546 des Entwurfs bestimmt:

> Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt durch Mißbrauch des Rechts, für die Person des Kindes zu sorgen, insbesondere durch Mißbrauch des Erziehungsrechts oder durch Vernachlässigung des Kindes dessen geistiges oder leibliches Wohl gefährdet, oder wenn eine solche Gefährdung, in Folge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Inhabers der elterlichen Gewalt für die Zukunft zu besorgen ist, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt unterzubringen sei. Sofern das Interesse des Kindes es erfordert, kann das Vormundschaftsgericht auch die

Digitized by Google

elterliche Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung ganz oder theilweise entziehen.

Der Entwurf erinnert hier an die Vorschriften des preußischen Rechts, dessen Spezialbestimmungen das Vormundschaftsgericht ermächtigen, mehr oder weniger einschneidende Maßregeln zum Schutz des minderjährigen Hauskindes zu treffen. Gegenüber den kasuistischen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, die sich stufenweise von der bloßen Einschränkung der väterlichen Gewalt bis zur vollständigen Aufhebung derselben gruppiren lassen, bietet der §. 1546 des Entwurfs eine nicht minder umfassende, dabei doch vereinfachte Regelung dieser Materie.

Den einzelnen Kategorien jener preußischen Vorschriften, welche die Einschränkung[64]), das Ruhen[65]), die Aufhebung[66]) der väterlichen Gewalt betreffen, diesen systematisch geregelten Voraussetzungen stehen die korrespondirenden genau umgrenzten Befugnisse gegenüber, die dem Vormundschaftsgericht je nach Lage des Falles gesetzlich gegeben sind.

Allerdings ist demgegenüber daran festzuhalten, daß die Bestimmungen des §. 1546 des Entwurfs einerseits lediglich den Fall der Gefährdung der Person des Kindes zur Voraussetzung haben, und den Schutz desselben, in Ansehung der Person, dem Inhaber der elterlichen Gewalt gegenüber bezwecken.

Der nicht zu unterschätzende Vorzug des Entwurfs ist hier, daß er dem Ermessen des Vormundschaftsrichters einen weiten Spielraum beläßt, der sich bis zur diskretionären Befugniß erstreckt, die Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung ganz oder theilweise zu entziehen.

In der elterlichen Gewalt sind zwei Bestandtheile enthalten: 1. die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes — der eigentlich vormundschaftliche Bestandtheil der elterlichen Gewalt —; und 2. die elterliche Nutznießung.[67])

Da nun das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts lediglich

[64]) §§. 266, 90, 91 II. 2 A. L.-R. — §§. 182, 268, 197 fg. II. 2 — §§. 263, 266 II. 2 ibid.

[65]) §§. 260—265 II. 2 A. L.-R.

[66]) §§. 255—259 II. 2 A. L.-R.

[67]) §. 1502.

Digitized by Google

im Interesse des Kindes zu erfolgen hat, dieses Interesse aber nur gegebenen Falls die Entziehung derjenigen Rechte und Pflichten erheischt, welche den eigentlich vormundschaftlichen Bestandtheil der etwa mißbräuchlich angewendeten elterlichen Gewalt bilden, so hat der Entwurf dem Vormundschaftsgericht die Befugniß, dem Inhaber auch die elterliche Nutznießung zu entziehen, als eine unnöthige und gehässige Maßregel versagt.

Es kann sich also anderseits nur um die Entziehung der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes handeln. Diese Entziehung wird durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts auszusprechen sein. Es ist dies wiederum ein Anklang an das preußische Recht[68]), in welchem sich diese aus dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt hergeleitete Regelung des Verfahrens durch den einfachen, beschleunigten und diskreten Gang der Verhandlungen zweifellos bewährt hat. Dem gemeinen Recht, das nur die Entziehung durch Richterspruch kennt, wird dies allerdings eine Neuerung sein.[69])

Wird der vormundschaftsgerichtliche Beschluß rechtskräftig geworden sein, so wird die Vormundschaft beziehungsweise Pflegschaft über die minderjährigen Hauskinder einzuleiten sein. Der Entwurf betont ausdrücklich, daß dem Kinde, in Gemäßheit der §§. 1633, 1738, ein Vormund bezw. ein Pfleger zu bestellen sei.[70])

Dies entspricht augenscheinlich der dem Vormundschaftsgericht zustehenden Befugniß, den hier in Betracht kommenden Bestandtheil der elterlichen Gewalt entweder ganz oder theilweise zu entziehen.

Wird derselbe ganz entzogen, so wird ein Vormund, wird er nur theilweise entzogen, so wird ein Pfleger zu bestellen sein.

Wenn immer daran festgehalten wird, daß die elterliche Gewalt für den Inhaber nach §. 1502[1] begründet:

---

[68]) A. L.-R. II. 2 §§. 90, 91.

[69]) Die Regelung des formellen Verfahrens bleibt, da das Einführungsgesetz dasselbe nicht normirt, dem besonders zu erlassenden „Gesetz über das Verfahren" vorbehalten. Cfr. Motive zu Buch IV Abschnitt IV Bd. 4 S. 1008; Anm. 1 zu Buch IV §§. 1227 fg.

[70]) Motive Bd. 4 S. 806.

Digitized by Google

die Pflicht und das Recht, sowohl für die Person als auch für das Vermögen des Kindes zu sorgen,

so müßte man folgern dürfen:

eine gänzliche Entziehung der elterlichen Gewalt involvire die Entziehung des Rechts und der Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, eine theilweise Entziehung der elterlichen Gewalt involvire dagegen nur die Entziehung des Rechts und der Pflicht, entweder für die Person **oder** das Vermögen des Kindes zu sorgen.

Allein der §. 1546, dessen Schlußsatz die Befugniß zur gänzlichen oder theilweisen Entziehung der elterlichen Gewalt regelt, setzt nur den Mißbrauch des Rechts, für die Person des Kindes zu sorgen, voraus. Er exemplifizirt durch den besonderen Hinweis auf „den Mißbrauch des Erziehungsrechts", „die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes, durch Vernachlässigung desselben", „durch die Besorgniß einer solchen Gefährdung für die Zukunft, in Folge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Inhabers der elterlichen Gewalt".

Im Gegensatz hierzu setzt der §. 1547 die Folgen der Verletzung derjenigen Verpflichtungen fest, welche dem Inhaber der elterlichen Gewalt in Ansehung der Vermögensverwaltung oder der elterlichen Nutznießung obliegen. Und der §. 1550 gestattet als äußerstes Mittel für den Fall, daß die sonstigen zur Sicherheit des Kindes getroffenen Anordnungen nicht befolgt werden, die Entziehung der Vermögensverwaltung. In diesem Falle ist eine Pflegschaft einzuleiten,[71]) gleichwie in dem Falle, da der Inhaber der elterlichen Gewalt vor Schließung einer neuen Ehe die nach §. 1548 ihm obliegenden, zur Sicherung der Kinder früherer Ehe festgesetzten Sicherungsmaßregeln unbeachtet läßt, was in gleicher Weise die Entziehung der Vermögensverwaltung zur Folge haben kann.

Wenn nun aber weiter erwogen wird, daß nach §. 1648, §. 1649 die gesetzliche Vertretung des Mündels durch den Vormund die Pflicht und das Recht umfaßt, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, anderseits aber die Motive zu §. 1546[72])

[71]) Motive Bd. 4 S. 811.

[72]) A. a. O. S. 806.

Digitized by Google

ausdrücklich hervorheben, daß, wenn dem Inhaber der elterlichen Gewalt die letztere ganz oder theilweise entzogen wird, dem Kinde ein Vormund bezw. ein Pfleger zu bestellen ist, so geht daraus hervor, daß nach §. 1546 auch dann, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt nur die in Ansehung der Person ihm obliegenden Pflichten verletzt, ihm dennoch die beiden Unterbestandtheile der elterlichen Gewalt — Sorge für Person und für Vermögen des Kindes — entzogen werden können. Die ratio legis erhellt weder aus der Disposition noch aus den Motiven.

Es liegt doch nahe, an die Möglichkeit zu denken, daß es Personen giebt, die der Fürsorge für das leibliche und geistige Wohl des Kindes nicht in gleichem Maße sich hinzugeben vermögen oder solchen Aufgaben nicht ebenso gewachsen sind, wie den Anforderungen der elterlichen Gewalt in Bezug auf die Verwaltung des Kindesvermögens, und gewiß ist der umgekehrte Fall nicht minder denkbar.

Daß im letzten Falle der mangelnde Wille oder die unzureichenden Fähigkeiten des Inhabers der elterlichen Gewalt auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung durch die Anordnung einer Pflegschaft ergänzt werden können, erscheint sachgemäß und folgerichtig; im ersteren Falle jedoch, in dem es sich um Vernachlässigung der die Person des Kindes betreffenden Verpflichtungen handelt, erscheint die Entziehung der gesammten elterlichen Gewalt nicht schlüssig. Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß sich, im Sinne des Entwurfs, die Entziehung der elterlichen Gewalt nach §. 1546 gewissermaßen als Ergänzung des §. 1559 darstellt. Die Verwirkung der elterlichen Gewalt im Falle der Verurtheilung wegen eines „gegen das Kind" oder „an dem Kinde" verübten Verbrechens, soll nur den Verlust der elterlichen Gewalt gegenüber diesem Kinde nach sich ziehen kraft Gesetzes; den etwa noch vorhandenen anderen Kindern gegenüber kann das Vormundschaftsgericht nach Maßgabe des §. 1546 die elterliche Gewalt entziehen, eine Befugniß, von der es im Falle einer solchen Verurtheilung wohl regelmäßig Gebrauch machen wird. Stellt sie doch den denkbar schärfsten Ausdruck jener Besorgniß einer Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohls dar, wie sie §. 1546 voraussetzt.

Aber welche Komplikationen sind die Folge:

Digitized by Google

Der Inhaber verliert in Folge seiner Verurtheilung die elterliche Gewalt einschließlich der elterlichen Nutznießung an dem Vermögen desjenigen Kindes, gegen das er sich vergangen, an dem Vermögen der übrigen Kinder verliert er die Verwaltung in Folge der Entziehung der elterlichen Gewalt durch vormundschaftsrichterlichen Beschluß, nicht aber die elterliche Nutznießung!

Zu welch eigenthümlichen Konsequenzen muß dies führen! Und wie mag sich in der Folge die Verwaltung des gesammten Kindesvermögens und die Aussonderung seiner Erträgnisse gestalten, wenn nur eine einheitliche, unabgesonderte Vermögensmasse vorliegt?

Die Frage liegt nahe, ob nicht zu einer Vereinfachung der Verhältnisse die naturgemäße Regelung führen würde, daß dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Fürsorge für die Person oder das Vermögen des Kindes zu entziehen sei, wenn er seine Pflichten nach der einen oder der andern Richtung hin verletzt — Voraussetzung für die Einleitung einer Pflegschaft; — daß ihm die Fürsorge für die Person und das Vermögen zu entziehen sei, wenn er seine Pflichten nach beiden Richtungen hin verletzt — Voraussetzung für die Einleitung der Altersvormundschaft —; Verlust der elterlichen Gewalt überhaupt — über sämmtliche Kinder — im Falle der Verwirkung der elterlichen Gewalt nach §. 1559.

C. Die Altersvormundschaft ist ferner einzuleiten, wenn die elterliche Gewalt ruht.

Die elterliche Gewalt ruht, jedoch mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung, wenn und so lange der Inhaber der elterlichen Gewalt geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

Ein solches Ruhen der elterlichen Gewalt tritt auch dann ein, wenn bei einer thatsächlichen Verhinderung des Inhabers, die Gewalt auszuüben, die Nothwendigkeit einer allgemeinen Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes während einer voraussichtlich längeren Zeit sich ergiebt und diese Voraussetzung von dem Vormundschaftsgerichte festgestellt ist; das Ruhen dauert bis zu dem Zeitpunkte, in welchem von dem Vormundschaftsgericht der Wegfall der Voraussetzung festgestellt ist.

Ruht die elterliche Gewalt wegen Minderjährigkeit des Inhabers derselben, so hat der Letztere die Pflicht und das Recht, für

Digitized by Google

die Person des Kindes zu sorgen in dem im §. 1506 Absatz 1 bezeichneten Umfange und mit der Maßgabe, daß in Ansehung der Ausübung dieser Sorge der gesetzliche Vertreter des Kindes die im §. 1540 bezeichnete Stellung eines Beistandes hat.[73])

Die Voraussetzungen sind demnach:

daß der Inhaber der elterlichen Gewalt geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

a) Geschäftsunfähig sind Personen[74]):

α. welche im Kindesalter stehen.

Eine geschäftsunfähige Person kann eine Ehe nicht schließen[75]); vielmehr ist zur Eheschließung die Ehemündigkeit, das zurückgelegte zwanzigste Lebensjahr bei Männern, das zurückgelegte sechszehnte Lebensjahr bei Frauen, — abgesehen von der zulässigen Dispensation — erforderlich.[76]) Der Fall, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt im Kindesalter stehen könne, ist nicht denkbar, die Möglichkeit dieser Voraussetzung ist demnach auszuschließen.

β. welche des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt sind, für die Dauer dieses Zustandes, desgleichen Personen, welche wegen Geisteskrankheit entmündigt sind, so lange die Entmündigung besteht.[77])

Da auch hier in Bezug auf die Eheschließung dasselbe gilt, was hinsichtlich der im Kindesalter stehenden Personen bemerkt worden, so kann hier nur die Möglichkeit in Frage kommen, daß eine solche Geschäftsunfähigkeit während stehender Ehe eintritt.

Des Vernunftgebrauchs beraubt[78]) sind nicht allein Personen, bei denen eine „andauernde Störung der Geistesthätigkeit" eingetreten, sondern auch diejenigen, welche in vorübergehende Bewußtlosigkeit — hochgradige Trunkenheit, Fieberdelirium, Nachtwandeln, Schlaftrunkenheit u. s. w. — verfallen sind, für die Dauer dieses Zustandes.

Derartige Fälle vorübergehender Bewußtlosigkeit werden zum

---

[73]) §. 115 fg.
[74]) §. 64.
[75]) §. 1231.
[76]) §. 1233.
[77]) §. 64 Abs. 2.
[78]) Motive Bd. 1 S. 129.

Digitized by Google

Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nur äußerst selten Veranlassung bieten. Anders wird sich dies bei jener andauernden Störung der Geistesthätigkeit gestalten, die in der Regel zur Entmündigung wegen Geisteskrankheit führt. Wird die andauernde Störung der Geistesthätigkeit etwa durch sachverständiges Gutachten festgestellt, so ist die gesetzliche Voraussetzung für das Ruhen der elterlichen Gewalt schon gegeben. Der praktische Unterschied zwischen diesem thatsächlichen Zustande andauernder Störung der Geistesthätigkeit und dem durch Entmündigungsbeschluß herbeigeführten rechtlichen Zustande der Geschäftsunfähigkeit soll sich einmal darin zeigen, daß dort das Vorhandensein der dilucida intervalla von rechtlicher Bedeutung sein kann, während dieselben in letzterem Falle der Berücksichtigung überhaupt entbehren. Das Ruhen der elterlichen Gewalt im Falle konstatirter Störung der Geistesthätigkeit, wird durch den Eintritt lichter Zwischenräume unterbrochen werden. Der Entmündigungsbeschluß dagegen schafft einen Rechtszustand, der, ohne Rücksicht auf dilucida intervalla auf etwaige Genesung in der Zwischenzeit, andauern soll, bis die Entmündigung wieder aufgehoben wird.[79])

Aehnlich stellt sich die Sache und Rechtslage in Bezug auf die Bevormundung des minderjährigen Kindes eines in Raserei oder Blödsinn verfallenen Vaters nach geltendem preußischen Rechte. Die Gewalt des Vaters ruht, wenn er in Raserei oder Blödsinn verfällt. Dann kann die Bevormundung seines minderjährigen Kindes schon eintreten, bevor noch ein Entmündigungsbeschluß gegen ihn erlassen wird, wenn nur Raserei oder Blödsinn, durch Gutachten medizinischer Sachverständigen, oder sonst sich zuverlässig feststellen läßt.[80])

Nach dem Entwurf ergeben sich folgende Möglichkeiten:

[79]) Motive Bd. 1 S. 130.

[80]) Dagegen ist anzunehmen, daß die minderjährigen Kinder eines Verschwenders bevormundet werden, nicht sowohl weil der Vater die Gewalt verwirkt hat, als vielmehr, weil er selbst bevormundet wird; nicht sowohl der Verlust der väterlichen Gewalt, auf Grund der Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, als vielmehr die eigene Bevormundung des Vaters auf Grund des §. 81 Vorm.-O. ist die Voraussetzung für die Bevormundung seiner minderjährigen Kinder, da die Erklärung als Verschwender jetzt thatsächlich durch den die eigene Bevormundung des Verschwenders herbeiführenden Entmündigungsbeschluß bewirkt wird.

Digitized by Google

1. Der Ehemann verfällt in Geisteskrankheit während stehender Ehe.

Die elterliche Gewalt des Ehemannes ruht. Sie geht, mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung, die dem Vater verbleibt, auf die Ehefrau über.[81])

Der Entwurf setzt aber voraus, daß es sich dabei um eine voraussichtlich längere Zeitdauer der thatsächlichen Behinderung des Vaters handelt, und daß diese Voraussetzung durch das Vormundschaftsgericht festgestellt wird.[82])

Diese beiläufige Bestimmung ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Der nach dem natürlichen Verlauf der Dinge kraft Gesetzes von selbst sich vollziehende Uebergang der elterlichen Gewalt auf die Mutter nach dem Ableben des Vaters bedarf der besonderen vormundschaftsgerichtlichen Ueberleitung nicht. Aber die unberechenbare Mannigfaltigkeit der Erscheinungen auch innerhalb der Familie, die auch im Familienleben hervortretenden Antinomien, die durchaus nicht abweisbare Möglichkeit, daß Ehefrauen nach vorzeitiger Usurpation der elterlichen Gewalt streben können, machen das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts in solchem Falle zur unabweisbaren Nothwendigkeit. Es ist ein klares und durchaus verständliches Gebot der Rechtssicherheit, daß sich der Uebergang der ruhenden elterlichen Gewalt vom geisteskranken Ehemann auf die Mutter nicht von selbst vollziehe, sondern, daß derselbe durch einen auf Sachuntersuchung beruhenden Beschluß des Vormundschaftsgerichts bestimmt präzisirt werde.

Wie sonst im Falle der Entmündigung der Entmündigungsbeschluß, so muß hier der das Ruhen der Gewalt des Vaters konstatirende Beschluß des Vormundschaftsrichters die formelle rechtliche Grundlage für den sich anbahnenden weiteren Rechtszustand schaffen. Hier ist nicht zu besorgen, daß die Thätigkeit des Vormundschaftsrichters als ein lästiges Eindringen in innere Angelegenheiten der Familie empfunden wird; denn aus eigener Initiative, in eigenem Interesse wird und muß die Ehefrau den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der den sich vollziehenden Uebergang der elterlichen Gewalt erkennbar macht, anrufen.

[81]) §. 1555.

[82]) Motive Bd. 4 S. 822.

Digitized by Google

Kürzere lichte Zwischenräume dürften aber im Interesse der Rechtssicherheit der Berücksichtigung nicht zu empfehlen sein. Die Folge wäre sonst ein unberechenbares Hinüber- und Herüberschwanken der elterlichen Gewalt von einem Elterntheil zum andern.

Dieser thatsächliche Zustand des Ruhens der elterlichen Gewalt in Folge andauernder Geisteskrankheit, wird, wenn auch dieser Eventualität Rechnung getragen werden muß, im Allgemeinen zu den Ausnahmefällen zu zählen seien. Die Regel wird doch die Herbeiführung der Entmündigung bleiben.

Der Entmündigungsbeschluß wird nach wie vor zur Kenntniß des Vormundschaftsgerichts von Amtswegen gelangen; und dann ist eine besondere Sachuntersuchung behufs Feststellung der Voraussetzungen des Ruhens der elterlichen Gewalt und des Ueberganges derselben auf den andern Elterntheil nicht mehr erforderlich.

2. Verfällt der überlebende Ehemann oder die überlebende Ehefrau nach Auflösung der Ehe durch den Tod in Geisteskrankheit, so wird, unter den zu 1. ausgeführten Voraussetzungen, die Bevormundung der Kinder einzutreten haben.

3. Ist die Ehe durch Scheidung aufgelöst, so findet ein Uebergang der ruhenden elterlichen Gewalt des Vaters auf die Mutter nicht statt. Es fehlt die Solidarität der Interessen und das nahe persönliche Verhältniß der Eltern,[83]) welche das Vertrauen rechtfertigen, daß die Mutter während des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters die elterliche Gewalt im Sinne des letzteren ausüben und insbesondere auch dessen Interessen in Ansehung der ihm verbleibenden elterlichen Nutznießung gebührend wahrnehmen werde.

Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß, wenn minderjährige Kinder geschiedener Ehegatten vorhanden sind, das Prozeßgericht verpflichtet ist, hiervon nach Rechtskraft des Scheidungsurtheils, dem Vormundschaftsgericht unverzüglich Mittheilung zu machen,[84]) damit dasselbe in die Lage kommt, die ihm nach §§. 1456, 1457, 1461, 1546 beigelegten Befugnisse durchführen zu können.[85])

---

[83]) Motive Bd. 4 S. 823.

[84]) §. 1463.

[85]) Das Vormundschaftsgericht kann nämlich:

a) die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen Kinder demjenigen Elterntheil übertragen, welcher nach der gesetzlichen Bestimmung hierzu

Digitized by Google

Im Falle der Ehescheidung ist demnach das Vormundschaftsgericht mit der Regelung der Interessen der minderjährigen Kinder der geschiedenen Ehegatten in der Regel bereits befaßt. Tritt demnach noch die Geisteskrankheit des Inhabers der elterlichen Gewalt hinzu, so wird, falls nicht schon auf Grund und nach Maßgabe des §. 1546 die Vormundschaft über die minderjährigen Kinder eingeleitet ist, dieselbe nunmehr einzuleiten sein, in jedem Fall, mag die Entmündigung beschlossen sein, oder das Vormundschaftsgericht das Ruhen der elterlichen Gewalt wegen Geisteskrankheit festgestellt oder endlich in Gemäßheit des §. 1737 auch nur eine vorläufige Vormundschaft über den zu entmündigenden Vater angeordnet haben.

b) Die elterliche Gewalt ruht ferner, wenn der Inhaber in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

In der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist zunächst ein Minderjähriger, welcher das siebente Lebensjahr zurückgelegt hat. Die Minderjährigkeit dauert bis zum zurückgelegten einundzwanzigsten Lebensjahre;[86]) die zur Eheschließung erforderliche Ehemündigkeit

---

nicht berufen ist. Diese Sorge für die Person soll, wenn nur ein Theil für den schuldigen Theil erklärt ist, dem anderen Ehegatten, wenn beide Ehegatten für den schuldigen Theil erklärt sind, in Ansehung der Töchter der Mutter, in Ansehung der Söhne bis zum zurückgelegten sechsten Lebensjahre der Mutter, für die späteren Lebensjahre dem Vater zustehen; (§. 1456.)

b) die näheren Anordnungen über den persönlichen Verkehr desjenigen Elterntheils mit dem Kinde regeln, welcher von der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossen ist; (§. 1457).

c) dieselben Anordnungen in Bezug auf die Kinder derjenigen Ehegatten treffen, welche nur von Tisch und Bett getrennt sind. (§. 1461).

Und es kann endlich:

d) auf Grund der im Scheidungsprozeß festgestellten Thatumstände die sich bis zur Entziehung der elterlichen Gewalt — mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung — steigernden Maßnahmen treffen, wenn sich aus den festgestellten Thatsachen ergiebt, daß sich der Inhaber der elterlichen Gewalt eines Mißbrauchs des Rechts, für die Person des Kindes zu sorgen, schuldig gemacht hat, oder die Besorgniß einer Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles der Kinder begründet wird.

[86]) §. 25.

Digitized by Google

tritt bei Männern mit dem zurückgelegten zwanzigsten, bei Frauen mit dem zurückgelegten sechszehnten Lebensjahr ein.[87])

Dispensation ist zwar zulässig. Immerhin aber wird bei Männern der Fall kaum praktisch werden.

Nach preußischem Recht kann die Bevormundung des minderjährigen Kindes eines minderjährigen Vaters nur aus dem Grunde der eigenen Bevormundung desselben gerechtfertigt erscheinen. Auch nach geltendem preußischen Recht wird der Fall kaum praktisch werden. Denn, da auch nach §. 28 Gesetz vom 6. Februar 1875 die zur Eheschließung erforderliche Ehemündigkeit bei dem männlichen Geschlecht mit dem vollendeten zwanzigsten Lebensjahre eintritt, so wird sich das Bedürfniß zur Bevormundung des ehelichen Kindes eines minderjährigen Vaters — handelt es sich nicht etwa um ein voreheliches, bei der Eheschließung legitimirtes Kind — nur in Ausnahmefällen und auch dann nur für einen sehr geringfügigen Zeitraum geltend machen.

Nicht anders kann sich die Sach- und Rechtslage nach dem Entwurf stellen.

Der seltene Fall, daß dem minderjährigen Ehemann eine großjährige Ehefrau gegenübersteht, würde zur Folge haben, daß die elterliche Gewalt auf sie überginge. Nur würde in diesem Falle der Vater neben der Mutter die Pflicht und das Recht haben, für die Person des Kindes zu sorgen, in demselben Maße wie nach den Vorschriften des §. 1506 die Mutter; d. h. es würde ihm, neben diesen Rechten und Pflichten die gesetzliche Vertretung des Kindes nicht zustehen.

Praktischer wird der Fall, um den es sich hier handelt, bezüglich der Ehefrau werden.

Ruht die aus einem gesetzlichen Anlaß auf die Ehefrau übergehende elterliche Gewalt wegen Minderjährigkeit derselben, so wird über ihre Kinder die Vormundschaft einzuleiten sein.

c) Die elterliche Gewalt ruht ferner, wenn bei einer thatsächlichen Verhinderung des Inhabers, die Gewalt auszuüben, die Nothwendigkeit einer allgemeinen Sorge für die Person und das

[87]) §. 1233.

Digitized by Google

Vermögen des Kindes während einer voraussichtlich längeren Zeit sich ergiebt und diese Voraussetzung von dem Vormundschaftsgericht festgestellt ist; das Ruhen dauert bis zu dem Zeitpunkt, in welchem von dem Vormundschaftsgericht der Wegfall der Voraussetzung festgestellt ist.[88])

Die Voraussetzungen sind demnach hier folgende:

Die thatsächliche Verhinderung der Ausübung der elterlichen Gewalt für eine voraussichtlich längere Zeitdauer.

Der Entwurf exemplifizirt nicht. Er verweist auf die gemeinrechtlich und in den neueren Gesetzgebungen anerkannten Fälle von längerer Abwesenheit, Krankheit oder Haft. Aber er betont, daß es sich hier nur um solche Fälle handeln könne, in denen das Bedürfniß einer allgemeinen vormundschaftlichen Fürsorge für das Kind wegen thatsächlicher Verhinderung des Inhabers der elterlichen Gewalt vorliege und der dem Kinde erforderliche Schutz nur auf dem Wege der elterlichen Gewalt bezw. der Anordnung einer Vormundschaft gewährt werden könne. Nicht einzelne Angelegenheiten oder ein bestimmter Kreis von Angelegenheiten, für deren Erledigung die Anordnung einer Pflegschaft genügt, kommen hierbei in Frage, auch nicht eine blos vorübergehende thatsächliche Verhinderung, denn auch hier genügt ebensowohl die Einleitung einer Pflegeschaft.[89])

Es ist ein dehnbarer Begriff, den der Entwurf der Erörterung darbietet, die thatsächliche Verhinderung des Inhabers, die elterliche Gewalt auszuüben *während einer voraussichtlich längeren Zeit*. Ebenso wie im Falle der geistigen Erkrankung des Inhabers ist es daher auch hier dringend geboten, daß der Beginn dieser thatsächlichen Voraussetzung des Ruhens durch den ordnungsmäßigen im geregelten Instanzenwege anfechtbaren Beschluß des Vormundschaftsgerichts festgestellt werde. Wie der Anfang, so soll aber auch in diesen Fällen das *Aufhören* des Ruhens der elterlichen Gewalt nach ausdrücklicher Vorschrift des Entwurfs durch vormundschaftsgerichtlichen Beschluß festgestellt werden.

---

[88]) §. 1554.

[89]) Motive Bd. 4 S. 819, 820.

Digitized by Google

So wird demnach dieser vormundschaftsrichterliche Beschluß einerseits je nach Lage des Falles entweder den Uebergang der elterlichen Gewalt vom Vater auf die Mutter oder die Einleitung der Altersvormundschaft anbahnen, während andererseits der das Aufhören der thatsächlichen Voraussetzungen des Ruhens der elterlichen Gewalt konstatirende Beschluß zur Folge haben muß, daß entsprechend die elterliche Gewalt auf den bisherigen Inhaber wieder übertragen wird.

Digitized by Google

10.

Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten.*)

Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von Dr. **Seng**, Amtsrichter a. D. und Privatdozent in Heidelberg.

Die deutsche Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis hat sich während langer Zeit gegenüber dem Gedanken, die deliktische Verletzung anderer als wirthschaftlicher Güter auf privatrechtlichem Wege wieder gut zu machen, überwiegend ablehnend verhalten; in den letzten beiden Jahrzehnten gewinnt indessen eine entgegengesetzte Strömung mehr und mehr an Kraft, ihre Lebhaftigkeit ist verstärkt worden durch die Aussicht auf die endliche einheitliche Regelung des Privatrechts für das Gebiet des Deutschen Reichs, und von gewichtigen Stimmen ist die Forderung vertreten worden, dem Beispiele anderer Völker mit hochentwickeltem Rechtsleben zu folgen und mit der bisherigen Tradition zu brechen. Bei der gegenwärtigen praktischen Wichtigkeit der Frage verlohnt es sich wohl, die Art und Weise ihrer Beantwortung in den bedeutenderen Rechtsgebieten des In- und Auslandes und die Berechtigung jener Forderung einmal einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen.

*) Den ersten Anstoß zu diesem Aufsatze hat die in Anm. 28 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts gegeben, deren Verhältniß zum Code civil den Gegenstand der Habilitationsvorlesung des Verfassers bildete.

Digitized by Google

I.

Während das römische Recht den menschlichen Lebensgütern, auch soweit sie nicht ökonomischer Art waren, einen weitgehenden Schutz gewährte,[1]) ist dieser in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz soweit zusammengeschrumpft,[2]) daß nur noch ein sogenanntes „Schmerzensgeld" und die Entschädigungspflicht bei Defloration in unbestrittener Uebung sind;[3]) in dem Streite darüber, ob Schmerzensgeld Strafe oder Entschädigung sei, hat sich die herrschende Meinung für das letztere entschieden.[4])

Auch moderne deutsche Partikularrechte kennen das Schmerzensgeld, so das Preußische Landrecht I. 6 §§. 112 fg., das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch §. 1489[5]) und das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch §. 1325.[6]) Ob dasselbe auch hier überall reiperekutorischer Natur ist, bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

Die Partikularrechte gehen aber noch weiter. Das Preußische L.-R. I. 6 §§. 123 fg. und das Oesterreichische B. G.-B. §. 1326 gewähren einer Frauensperson eine Geldentschädigung, wenn sie durch eine Körperverletzung verunstaltet und ihr dadurch das weitere Fortkommen, insbesondere die Verheirathung erschwert ist.

Diese Entschädigung *kann* Ersatz pekuniären Schadens sein, sie muß es aber nicht; nicht unter allen Umständen ist ja die Er-

---

[1]) Ihering Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn, Dogmat. Jahrb. XVIII. 51/2, 60 fg., 77 (im Folg. als „Rechtsgutachten" zitirt), Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, am gl. Orte XXIII. 158 fg. (im Folg. als „Rechtsschutz" zitirt).

[2]) Ueber die Gründe s. Ihering Rechtsgutachten 41 fg.

[3]) Vgl. Windscheid Pandekten 6 Aufl. §. 257 N. 6, § 455 N. 31; Dernburg Pandekten II. §. 132 N. 1, §. 44 N. 10, III. §. 15 c.

[4]) Vgl. besonders Wächter Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen 72 fg., Windscheid a. a. O., Dernburg a. a. O., Mandry Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. §. 48, Thon Rechtsnorm und subjektives Recht 58, Kohler Deutsches Patentrecht 651, Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts III. (2. Aufl.) §. 203 II. Nr. 2 und die dort Angeführten, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen VIII. 117 (im Folg. als „Reichsg. Entsch." zitirt).

[5]) B. G. Schmidt Vorlesungen über das im Königr. Sachsen geltende Privatrecht I. §. 131 I. Nr. 3.

[6]) Vgl. auch die Zusammenstellung in den Motiven zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich II. 799 fg. (im Folg. als „Motive" zitirt).

schwerung der Verheirathung mit einem Vermögensnachtheil gleichbedeutend.[7])

Hierher gehört auch die sogenannte „Sachsenbuße", eine Vergütung nicht für den Vermögensschaden, sondern für das Unbehagen, welches eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verursacht hat. Sie beruht auf der Praxis des 16. Jahrhunderts und ist auch in das Sächs. B.-G.-B. §. 1497 aufgenommen worden.[8])

Die alte Buße für Beischlaf mit einer unverheiratheten, unbescholtenen Frauensperson, welche sich u. A. erhalten hat im gemeinen Gewohnheitsrecht, im Sächs. B. G.-B. §. 1551[9]) und, bedingt durch Schwängerung, im Preuß. L.-R. II. 1 §§. 1015, 1032 bezw. dem Preußischen Gesetz vom 24. April 1854,[10]) ist ebenfalls nicht Strafe, sondern Reparation,[11]) und zwar tritt sie ein, auch ohne daß Vermögensschaden entstanden ist.[12])

Einen gewaltigen Schritt in dem privatrechtlichen Schutz anderer als wirthschaftlicher Güter hat, wenn die herrschende Meinung im Rechte ist, die Gesetzgebung des heutigen Deutschen Reiches gemacht durch die Einführung der „Buße" in den §§. 188 und 231 des R.-Str.-G.-B., §. 18 des Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken, §. 15 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, §. 16 des Gesetzes vom 9. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, §. 9 des Gesetzes vom 10. Januar 1876, betreffend den Schutz der Photographien, §. 14 des Gesetzes vom 11. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, und §. 36 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877.

---

[7]) Vgl. Anm. 6.

[8]) Stobbe a. a. O. §. 203 III. Haubold Lehrbuch des Königl. Sächs. Privatrechts 3. Ausg. von Hänsel §. 302 d, Heimbach Lehrbuch des partikularen Privatrechts u. s. w. I. §. 259 Nr. 4, B. G. Schmidt Vorlesungen I. §. 131 II. Vgl. auch Preuß. L.-R. I. 6 §. 132 fg., Oesterreich. B. G.-B. §. 1329.

[9]) Auch im älteren sächs. Recht. Haubold a. a. O. I. §. 302, Heimbach a. a. O. I. §. 259. Zu §. 1551 vgl. B. G. Schmidt Vorlesungen I. §. 133.

[10]) Vgl. ferner die Zusammenstellung in den Motiven IV. 912.

[11]) Stobbe a. a. O. III. §. 204, Windscheid a. a. O. II. §. 493 Nr. 3 c, Dernburg a. a. O. III. §. 15 c.

[12]) Vgl. auch §. 7 des angef. Ges.

Digitized by Google

Ob diese Buße unter den Gesichtspunkt der Strafe, der Entschädigung oder beider zu bringen ist, ist viel erörtert worden;[13]) überwiegend wird sie aufgefaßt als Entschädigung,[14]) und zwar nicht nur für Vermögensschaden.[15])

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung,[16]) bestimmt in § 221:

> Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden,

und in §. 721:

> Die Vorschriften der Reichsgesetze über die Buße bleiben unberührt.

Die vom Gesetz bestimmten Fälle, auf welche §. 221 Bezug nimmt, sind: vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Körpers oder der Gesundheit (§§. 726, 734/6) oder Entziehung der Freiheit (§. 727) und gewisse Verletzungen der Geschlechtsehre durch strafbare Vollziehung des Beischlafs (§. 728 Abs. 2). Hier kann von dem Gerichte dem Verletzten oder demjenigen, welchem die Freiheit entzogen ist, oder der Frau, gegen welche eine der zuletzt bezeichneten strafbaren Handlungen begangen ist, „auch wegen eines andern als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden." (§. 728.) In allen anderen Fällen (insbesondere auch wegen Verführung, soweit sie nicht unter §. 728 fällt) kann nur wegen wirthschaftlichen Schadens Entschädigung beansprucht werden.

Diese Regelung hat Zustimmung,[17]) mehr aber Widerspruch er-

[13]) Litteratur bei Berner Lehrbuch des deutschen Strafrechts §. 109 Nr. 2, Olshausen Kommentar zum R. St.-G.-B. §. 188 Bem. 2, Windscheid a. a. O. II. §. 326 N. 11, Stobbe a. a. O. III. §. 200 N. 45, Mandry a. a. O. §. 48 N. 7, Behrend in v. Holtzendorff Encyklopädie d. R. II. 5. Aufl. 601.

[14]) Reichsger. Entsch. in Strafsachen XII. 223 XV. 352.

[15]) Kohler Patentrecht 639 fg., 646, Markenschutz 1 fg., Stobbe a. a. O, Olshausen a. a. O., Mandry a. a. O. Text und N. 10 und 11, Motive II. 800, Reichsg. a. a. O.

[16]) Im Folg. als „Entwurf" zitirt.

[17]) Laband Civ. Archiv LXXIII 82/3, G. Hartmann ebenda 363/4, Gebhart Gutachten aus dem Anwaltstande 255/6, Fels Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts XXXV. 41, 2 VI. (der aber Vermehrung der Ausnahmen verlangt).

Digitized by Google

fahren, und zahlreiche Kritiker[18]) haben verlangt, daß die Entschädigungspflicht wegen anderen als Vermögensschadens zur Regel gemacht werde,[19]) ein Grundsatz, der theils de lege lata, theils de lege ferenda, auch unabhängig von dem deutschen Entwurf, vielfache, mehr oder weniger entschiedene Billigung gefunden hat.[20])

Oesterreich.

In Oesterreich wurden, wenigstens in den letzten Jahrzehnten, die Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in den §§. 1293 fg. allgemein dahin ausgelegt,[21]) daß, abgesehen von dem durch §. 1325 aufrecht erhaltenen „Schmerzensgeld", nur die Beschädigung des Vermögens eine Schadenersatzverbindlichkeit begründe, und daß regelmäßig der Schätzungswerth (§§. 1295, 1323 fg.), wenn aber der Schaden „vermittels einer durch das Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Muthwillen und Schadenfreude" verursacht wurde, der „Werth der besonderen Vorliebe" (§. 1331) zu ersetzen sei.[22])

Dagegen hat Pfaff in einem dem Oesterreichischen Advokatentage

---

[18]) Gierke der Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs und das deutsche Recht 196 fg., 266, Lißzt in Bekker und Fischer's Beiträgen Heft 5, 29 fg., Mataja Archiv für bürgerl. Recht I. 276, Menger Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen 140 fg., 188 fg., vgl. 60 fg., 64 fg., Schmidt Gutachten aus dem Anwaltstande 1186, 1197, 1215, 1225.

[19]) Eine Beschränkung der Ausnahmen von §. 221 wurde anscheinend nicht begehrt.

[20]) Wächter a. a. O. 74 fg., Ihering Kampf um's Recht 8. Aufl. 86 fg., Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft 5. Aufl. 499, Pfaff, Unger und Strohal in den unten angeführten Schriften, Windscheid a. a. O. II. §. 455 N. 31, §. 257 Nr. 6, Degenkolb Civil. Archiv LXXVI. 22 fg., Kohler Patentrecht 651, Markenschutz 1 fg., Binding Die Normen und ihre Uebertretung 2. Aufl. 438 N. 9, Mandry a. a. O. §. 48, Steinbach Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden 88, Lehmann Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter, u. A.

[21]) Obwohl der §. 1293 lautet: „Schaden heißt jeder Nachtheil, welcher Jemandem am Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wurde."

[22]) Krainz System des allg. österr. Privatrechts, herausg. von Pfaff II. §§. 138/9, Burckhardt System des österr. Privatrechts, §. 78 N. 5, Unger in Grünhut's Zeitschrift VIII. 210, jedoch auch Pfaff daselbst 622 fg.

Digitized by Google

erstatteten Gutachten,[23]) insbesondere auf Grund der Protokolle über die Berathung des Gesetzbuches den Nachweis versucht, daß die herrschende Meinung irrig und daß nach richtiger Auslegung die §§. 1293 und 1323 (besonders in den Worten „Tilgung der verursachten Beleidigung") bei ehrloser Verletzung der Persönlichkeit auch eine „Satisfaktion für die dem Beleidigten erregten Schmerzgefühle" bieten sollen.[24])

Die Meinung Pfaff's[25]) ist de lege lata entschieden bekämpft worden von Unger,[26]) und auf die Praxis scheint sie bis jetzt einen Einfluß nicht ausgeübt zu haben, wenigstens hat Verfasser keine Entscheidungen im Sinne Pfaff's aufgefunden.[27])

Frankreich.

Die Stellung der französischen Jurisprudenz zu unserer Frage soll im Folgenden einer (bis jetzt fehlenden) eingehenderen Erörterung unterzogen werden, theils weil sie vielfach von deutschen Schriftstellern als nachahmungswerthes oder als abschreckendes Beispiel verwendet wird, theils weil neuerdings das Deutsche Reichsgericht[28]) in einem rheinischen Falle die in Theorie und Praxis Frankreichs herrschende Ansicht mißbilligt hat.[29]) . . . . .

Die herrschende Ansicht beruht auf der Auslegung der Art. 1382 und 1383 des Code civil:

> Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

---

[23]) Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theil des A. Bürg. G.-B., dem österr. Advokatentag erstattet von Pfaff, Randa und Strohal 11 fg. Zum gleichen Resultat wie Pfaff gelangt Strohal 140 fg.

[24]) Seite 15 a. a. O.

[25]) Pfaff haben zugestimmt u. A. die Besprechung seines Gutachtens in der Allgemeinen österr. Gerichtszeitung 1880 S. 186, Krasnopolsky in der Kritischen Vierteljahrsschrift XX. 505 ff., Kirchstetter Kommentar zum österreich. Allg. B. G.-B., 4. Aufl., v. Maitisch zu §. 1295 N. 9 Ziff. 1.

[26]) a. a. O. (welchem zustimmt Burckhardt a. a. O. II. §. 78 N. 37); dagegen hat Pfaff erwidert in Grünhut's Zeitschrift VIII. 613.

[27]) Vgl. auch Schoberlechner Schadenersatz und Strafe, Allg. österr. Gerichtszeitung XLI. (1890) 323.

[28]) Entscheidung des II. Civilsenats vom 27. Juni 1882 Entsch. VII. 295.

[29]) Vergl. oben Anmerkung *.

Digitized by Google

Art. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Sie bezieht im Gegensatz zum Reichsgericht den Ausdruck dommage nicht blos auf pekuniären, sondern auch auf anderen Schaden (dommage moral).

Behufs Prüfung der Richtigkeit der einen und der anderen Ansicht wird der Rechtszustand und der juristische Sprachgebrauch zur Zeit der Erlassung des Code civil, der Sprachgebrauch der ihm gleichzeitigen Gesetze und ferner zu untersuchen sein, ob Anhaltspunkte vorliegen, daß von dem hiernach sich ergebenden Sinne des Wortes dommage für den Code civil abzuweichen beabsichtigt wurde.

Schon Imbert[30]) bezeichnet als Droit commun Frankreichs im 16. Jahrhundert: „Nous avons deux manières d'accusateurs, les uns qui poursuivent l'intérest du roy et de la chose publique . . . . . les autres demandent réparation de leur intérest civil qu'ils ont souffert à cause du délict commis en leurs personnes ou en leurs biens par notre style . . . . . au moyen de quoy aujourd'hui l'accusateur privé, que nous appelons partie civile, n'est point tenu de s'inscrire ni faire les solennités requises de droit commun en accusation."[31])

Streng durchgeführt war diese Scheidung damals freilich noch nicht[32]) und daneben bestand die Verfolgung durch den Richter von Amtswegen.

Von den hervorragendsten Kriminalisten des 18. Jahrhunderts ist für uns am ergiebigsten Jousse in seinem Traité de la justice

[30]) La pratique judiciaire tant civile que criminelle l. III ch. 1 p. 625. Das Citat ist Hélie Traité de l'instruction criminelle 2me éd. I. n. 421 entlehnt, da dem Verfasser nur die ältere, kürzere Ausgabe (Institutionum forensium Galliae pene totius que moribus regitur communium libri quatuor ect Paris, Ed. v. 1547, vgl. hier S. 144) vorliegt.

[31]) Vgl. hierzu auch das originelle Werk von Ayrault L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé és accusations publiques conféré au stil et usage de nostre France. 2me éd. Paris 1598 l. II p. 28.

[32]) Vgl. Imbert a. a. O.

Digitized by Google

criminelle de la France.[33]) Er unterscheidet zwei Richtungen einer Missethat: die Verletzung der Rechtsordnung, welche die partie publique mittelst der action criminelle publique verfolgt, und welche die peine publique [einschließlich der amende pécuniaire[34])] nach sich zieht, und die Verletzung des privaten Interesses des Einzelnen „dans sa personne, dans son honneur et dans sa fortune", deren Verfolgung mittelst der action criminelle privée (bez. der action civile) dem Verletzten, der partie civile, zusteht[35]) und welche neben der öffentlichen Strafe oder ohne solche dem Verletzten ein Recht gewährt auf: Réparation civile, d. h. „réparation du tort souffert par l'offensé"[36]) und auf intérêts civiles, d. h. Ersatz des Vermögensschadens (provisions, restitutions des choses volées, dommages et intérêts, dépens).[37]) Doch wird der Ausdruck réparations civiles bisweilen auch für beide Arten von Verbindlichkeiten gebraucht;[38]) sie sind „obligations civiles",[39]) der Thäter ist „tenu civilement".[40])

„Toute personne offensé peut intenter l'action criminelle privée pour raison de l'injure qui lui a été faite ou du dommage qui lui a été causé par un délit."[41]) Sowohl Jousse als Muyart de Vouglans[42]) bezeichnen zwar (vergl. auch das Reichsgericht a. a. O.) die réparation civile als peine, peine privée, aber die gleiche Bezeichnung geben sie auch den dommages-intérêts;[43]) wollte man demnach aus ihrer Eigenschaft als Privatstrafe die Abschaffung ersterer durch den Code civil folgern, so müßte der gleiche Schluß auch für letztere gezogen werden. Diese Terminologie hängt eben

[33]) 2 Bde. Paris 1771.

[34]) Chauveau et Hélie Théorie du code pénal 5me éd. I n. 129.

[35]) Ueber den Ursprung dieser Unterscheidung vgl. Du Boys Histoire du droit criminel de la France t. 5 p. 530/1.

[36]) Ebenso Muyart de Vouglans Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel. Paris 1780 l. II t. 4 ch. 4 §. 4 s. 2.

[37]) Jousse I. S. 4, 115, 117 n. 226 fg., 199 n. 233, 561 fg., 563, 586.

[38]) Ebenda S. 561, 590.

[39]) Ebenda S. 563.

[40]) Ebenda S. 594/6.

[41]) Ebenda S. 587.

[42]) l. II t. 4 ch. 6 §. 4, vgl. auch Argou Institution au droit français II c. 39 und hierzu Dépeiges Des effets civiles des condamnations pénales S. 6.

[43]) Jousse a. a. O., Muyart de Vouglans l. II t. 4 ch. 6 §. 5.

Digitized by Google

zusammen mit der in älteren Rechten allgemeinen Vermengung von Strafe und Reparation. Ihr begegnen wir auch bei Denisart;[44]) er sagt von der réparation civile unter Nr. 2: „On la met au rang des peines“ und Nr. 3: „La réparation civile est du côté de l'offensé la réparation d'un dommage qui ne s'estime pas; du côté du condamné elle est la peine que mérite un délit grave“ und fährt dann in Nr. 17 fort: „Il ne faut pas non plus confondre les dommages intérêts avec les réparations civiles . . . , les dommages intérêts sont regardés comme un dédommagement d'une perte, que celui qui les obtient, a soufferte dans sa fortune et qui de la part du condamné peut avoir une cause innocente; mais la réparation civile a toujours pour cause un délit, dont le condamné s'est rendu coupable et pour obtenir la réparation d'un tort souffert par l'offensé, non seulement dans sa fortune, mais encore dans sa personne et dans son honneur.“

Aehnlich Merlin:[45]) „La réparation civile partage de la dette et de la peine.“ Loysel[46]) erwähnt sie in dem Satze: „Femme veuve prend part à la réparation civile adjugée pour la mort de son mari“ und das Glossaire erklärt réparation civile als „dedommagement accordé par justice à la personne qui a souffert d'un crime on d'un délit.“[47]) Entscheidend ist indessen nicht der Name, sondern die sachliche Behandlung und hier tritt die reipersekutorische Auffassung der réparation civile klar hervor, denn es haften für sie (anders wie für die amende) die Erben und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie durch das Delikt bereichert wurden und ob die Klage noch bei Lebzeiten des Thäters erhoben wurde oder nicht „et cette règle a lieu même dans les délits qui méritent une peine publique.“[48])

Auch wird der Anspruch auf réparation civile ebensowenig wie

---

[44]) Collection de décisions nouvelles, 9me éd. Paris 1775 unter réparation civile.

[45]) Répertoire t. 11 unter Rép. civ. §. I, I.

[46]) Institutes coutumières Ed. par Dupin et Laboulaye l. 3 t. 3 s. 22 n. 399.

[47]) Vergl. auch „Peines et réparations pécuniaires“, nämlich amendes aumônes et interêts civiles“ in t. 13 a. 29 der Ord. crim. von Ludwig XIV. von 1670 (Récueil général des anciennes lois françaises par Isambert ect., t. 18).

[48]) Jousse I p. 69. 72 n. 100, 598, 564, 597/9.

Digitized by Google

der auf dommages-intérêts durch Lettres de grâces du Prince aufgehoben.[49]) Die action criminelle erlischt zwar mit dem Tode des Schuldigen, an ihre Stelle tritt aber die action civile.

Außer der reiperfekutorischen Auffassung der réparation civile ergiebt sich aus dem bisherigen zweifellos, daß der juristische Sprachgebrauch des 18. Jahrhunderts unter den abwechselnd gebrauchten Ausdrücken tort, dommage, préjudice, zu deren Reparation die action civile diente, sowohl den pekuniären als den nichtpekuniären Schaden, die Verletzung von Persönlichkeitsgütern verstand.

Die Unterscheidung von action publique und action civile (action criminelle privée), letztere als „réparation du dommage causé par le délit" ist übergegangen in das Gesetz vom 16./29. September 1791: „Tout particulier qui se prétendra lésé par le délit d'un autre particulier pourra porter plainte" (tit. 5a. 1) „Tout dommage donne lieu à une action. L'action résultant du dommage causé par un délit se nomme plainte" (Instr. pour la proc. crim. vom 29. September 1791).

Wiederholt wurden diese Bestimmungen in dem Code vom 3. Brumaire des Jahres 4 Artikel 94 und Artikel 6 (L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé; elle appartient à ceux qui ont souffert de ce dommage).[50])

Auch der Code d'instruction criminelle von 1808 nimmt die Unterscheidung auf und spricht von der action civile fast in gleichen Ausdrücken:

> Artikel 1. L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage.
>
> Artikel 2. L'action publique pour l'application de la peine, s'éteint par la mort du prévenu. L'action civile pour la réparation du dommage peut être exercée contre

[49]) Muyart de Vouglans l. 3 t. 3 ch. 1 §. 15.

[50]) Hélie a. a. O. I n. 539.

Digitized by Google

le prévenu et contre ses représentants. L'une et l'autre action s'éteignent par la prescription ....

Artikel 63. Toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou délit, pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction ....

Die Ausdrücke réparation du dommage in Artikel 1 und 2, dommages-intérêts in Artikel 66, 358, 366 und im Code pénal Artikel 10, 52, 54 und 55, sowie indemnité in den Artikeln 51, 468, 469 daselbst bezeichnen dasselbe; dafür, daß mit diesen Ausdrücken oder mit dem Worte dommage in Artikel 1382 fg. des Code civil, in welchen nun die materiellrechtlichen Bestimmungen über die privatrechtlichen Folgen der Delikte verwiesen wurden, ein engerer Sinn verbunden werden sollte, als der zur Entstehungszeit dieser Gesetze übliche, daß die privatrechtliche Haftbarkeit auf den pekuniären Schaden beschränkt werden sollte, findet sich in den Vorarbeiten der erwähnten Gesetze kein Anhaltspunkt, im Gegentheil bezeichnet in den Diskussionen über den Entwurf des Code civil der Berichterstatter des Tribunals Bertrand de Grenille als Gegenstand der Haftung ganz in alter Weise „la réparation du dommage, la réparation du tort, l'entière indemnité de ce qu'il a fait souffrir" und der Redner des Tribunals im gesetzgebenden Körper, Tarrible, sagt von Artikel 1382: „Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages et les assujettit à une réparation uniforme."[51])

Diese aus der Entstehungsgeschichte sich ergebende Auslegung der erwähnten Gesetze hat die französische Jurisprudenz von jeher vertreten. Die Theoretiker erkennen mit wenigen Ausnahmen eine Vergütung für dommage moral zu.[52])

[51]) Locré La législation civile, commerciale et criminelle de la France XIII. p. 40 nr. 9, p. 58 nr. 19.

[52]) Rauter Traité théorique et pratique du droit criminel français I. n. 193 fg., Chauveau et Hélie a. a. O. I. n. 140, Hélie a. a. O. I. n. 543, Sourdat Traité général de la responsabilité 3me Éd. I. n. 2, 33 fg., 102 fg., 454 fg, 468, Aubry et Rau Cours de droit civil français V. §§. 445, 446, Larombière Théorie et pratique des Obligations V. n. 4, 27, 37, Demolombe Cours de Code Napoléon XXXI. n. 672, Laurent Principes de droit civil XX. n. 395 fg., 525 und sonst, Dalloz Répertoire alphabétique unter „Responsabilité" n. 156. (Die Werke von Mangin Traité de l'action publique

Digitized by Google

Das Gleiche gilt von der Praxis. Beide motiviren freilich ihre Ansicht oft in eigenthümlicher, nicht gerade überzeugender Weise — mehr durch eine gefühlvolle oder elegante Phrase („causam agit doloris“ etc.) als durch Gründe; man muß aber wohl überhaupt die Stärke der französischen Jurisprudenz mehr in der Feinheit und Sicherheit ihres im einzelnen Falle das Richtige treffenden Rechtsgefühls als in der theoretischen Begründung der Ergebnisse des letzteren suchen. Darauf, daß diese mit unseren Anschauungen nicht immer übereinstimmen, wird später zurückzukommen sein.

Die französischen Gerichte sprechen beispielsweise eine Vergütung zu für Verursachung von dommage moral durch Tödtung eines nahen Angehörigen (Eltern, Geschwister, Kinder, Ehegatten),[53]) durch Verführung zum Beischlaf bezw. Schwängerung „quand la séduction est le résultat de manoeuvres de telle sorte, qu'on ne puisse invoquer l'adage volenti non fit injuria;[54]) ferner durch Verdacht des Ehebruchs erweckenden Umgang mit einer Ehefrau zu Gunsten des Ehemanns;[55]) durch frivole Anfechtung eines Notariatsaktes

---

et de l'action civile en matière criminelle und Sainctelette De la responsabilité et de la garantie behandeln diese Frage nicht.)

Vergl. auch Zink Ueber die Ermittelung des Sachverhalts im französischen Civilprozeß I. 568, 591 fg., Uebel in der Zeitschrift für französisches Civilrecht XV. 505, Osthelder ebenda XIX. 489, Heinsheimer ebenda XX. 711 Anm., ferner Unger a. a. O. 229, Pfaff in Grünhuts Zeitschrift VIII. 636 N. 50. Anderer Meinung Puchelt in der Zeitschrift f. franz. Civilrecht II. 345, Reiffel ebenda XX. 691. Bedenken äußert auch Gandouin Les accidents du travail. Responsabilité et assurance (Paris 1889) p. 121.

[53]) Gazette des Tribunaux, 15./20. Mai, 2. Juni 1851, 8. April 1859, 2. u. 10. Dezember 1847 (in diesem Falle hatte das vom Beklagten verführte Mädchen einen Selbstmord begangen), Bordeaux 30. Nov. 1881 (Klage der Eltern wegen des „coup porté à leur affection“), Ztschr. f. franz. Civilrecht XV. 511. (Die Fälle aus der „Gaz. des Trib.“ sind dem angeführten Werke von Zink II. 179 fg. entlehnt.)

[54]) Gaz. des Trib. 19. Febr. 1854, 2. Febr. 1856, 2. April 1856, 28. Sept. 1857. — Zusammenfassung des Standes dieser Frage in der Redaktionsbemerkung zu dem Urtheil des Kassationshofes vom 25. Februar 1890 bei Dalloz 90. 1. 412, wo auch weitere Entscheidungen angeführt sind. Vgl. auch Ztschr. f. franz. Civilrecht II. 342 und Zachariä-Dreyer II. §. 444 N. 14.

[55]) Gaz. d. Trib. 2. Sept. 1850; vergl. auch Rennes 22. Februar 1869. Dalloz 73. 1. 209 und N. 4.

Digitized by Google

mittels der inscription de faux (obwohl weder Ehre noch Kredit des Notars angegriffen wurde);[56]) durch launenhaften Bruch eines, wenn auch unverbindlichen Eheversprechens;[57]) durch Ehescheidung, weil der noch nicht 25jährige Ehemann sich ohne Konsens seines Vaters verehelichte;[58]) durch dolose Wiederverheirathung eines schon verheiratheten Mannes;[59]) durch Aufnahme eines minderjährigen Kindes wider den Willen der Eltern;[60]) durch Vermählung eines im Ehebruche erzeugten Kindes (gegen dessen Eltern zu Gunsten des anderen Ehegatten).[61])

Auch Schmerzensgeld wird gewährt,[62]) und daß auch bei Beleidigungen allgemein eine Geldvergütung zuerkannt wird, bedarf nach dem Vorhergehenden kaum der Erwähnung.

Entscheidungen französischer Gerichte, welche wegen Verletzung des Individualrechts auf den Namen (Namenrechtes) eine Entschädigung für dommage moral zuerkennen, führt Kohler in seinem Aufsatze: „Das Individualrecht als Namenrecht" (billigend) an.[63])

Ueber die Anschauungen der französischen Jurisprudenz bezüglich der Haftung für dommage moral sei noch, als jüngste Aeußerung, die eines klassischen Zeugen, der Redaktion von Sirey Récueil général zu dem später zu berührenden Urtheile des belgischen Kassationshofes,[64]) erwähnt, welche bei Erörterung der Haftung für das durch Tödtung verursachte préjudice moral, unter Anführung weiterer Urtheile im Sinne der herrschenden Meinung, bemerkt: „Article 1382 parle d'un dommage en termes absolus, qui n'em-

---

[56]) Kassationshof 24. Juli 1870. Ztschr. f. franz. Civilrecht XV. 510.

[57]) Kassationshof 16. Januar 1877, Sirey 77. 1. 165. Vergl. auch die Redaktionsbemerkung in Ztschr. f. franz. Civilrecht XX. 198.

[58]) Aix 8. Februar 1821. Ztschr. f. franz. Civilrecht XV. 509.

[59]) Rennes 29. Juli 1826. Ztschr. f. franz Civilrecht XV. 510.

[60]) Nancy 25. Januar 1873. Sirey 73. 2. 255.

[61]) Redaktionsbemerkung in Dalloz 55. 1. 54 unter Berufung auf Rouen 27. Mai 1844.

[62]) Entsch. des Conseil d'Etat 11. Mai 1854. Ztschr. f. franz. Civilrecht XV. 512. Bourges 16. Dezember 1872, Dalloz 73. 2. 197 („du mal qu'il a souffert, de l'affaiblissement de sa santé et des inquiétudes qu'il peut concevoir pour l'avenir").

[63]) Archiv für bürgerl. Recht V. 77, 82, 86, 92, 96 und sonst.

[64]) Sirey 82, 4, 9 N. 1.

Digitized by Google

portent pas des distinctions: tout dommage doit donc être réparé, le dommage moral aussi bien que le dommage matériel. L'esprit de la loi est en ce sens; la loi veut sauvegarder tous les droits de l'homme, tous ses biens: or notre sûreté, notre situation de famille, notre position sociale font partie de nos biens. Im gleichen Sinne und mit nicht geringerer Bestimmtheit äußert sich Giboulat in einer Anmerkung in Dalloz Récueil zu dem Urtheile des Appellhofes von Aix vom 14. Juni 1870.[65]) Beide Autoren sind nur darüber uneinig, ob dommage moral auch eine Verletzung bloßer sympathies affections umfaße, was der Erstere[66]) bejaht, der Letztere dagegen (mit guten Gründen) verneint; er will aber einem in seiner Ehre verletzten Individuum Reparation gewähren „parcequ'il craint d'avoir perdu l'amitié, l'estime et le respect des honnêtes gens et qu'il veut prendre des mesures pour faire taire ou pour punir le mensonge et la calomnie."[67])

Belgien.

Ganz auf dem gleichen Standpunkte wie die französische steht die belgische Jurisprudenz. Laurent, der bedeutendste ihrer Theoretiker, ist schon oben angeführt; für die Praxis ist bezeichnend ein Urtheil des Appellhofes von Brüssel vom 8. Januar 1880, bestätigt durch Urtheil des Kassationshofes vom 17. März 1881,[68]) welches dem Vater eines durch Eisenbahnunfall getödteten Mädchens für sein préjudice matériel eine Entschädigung von 3000 Fr., und dem Vater und den beiden Geschwistern für ihr préjudice moral den Betrag von 10 000 bezw. je 1000 Fr. zuspricht.

In den Erwägungen des Kassationshofes heißt es: „Considérant que le mot „dommage" dont se sert le législateur dans les articles 1382 et s. du code civil est un terme général qui

---

65) Dalloz 72, 2, 97 N. 1, 2, 3. Er versteht unter préj. moral: „Une atteinte quelconque à leur sûreté, à leur considération, à leur honneur ou à leur réputation."

66) Mit Sourdat a. a. O. I. N. 33.

67) Daß die Zweifel Reiffel's a. a. O. an der Richtung der franz. herrschenden Meinung unbegründet sind, dürfte aus obigen Ausführungen zur Genüge hervorgehen (vgl. auch die angef. Entsch. d. Reichsgericht).

68) Pasicrisie Belge 81 I. 163. Auch bei Sirey 1882 4, 9.

Digitized by Google

s'applique au dommage moral comme au dommage matériel. . . .“ und die Redaktion der Zeitschrift La Belge judiciaire (1881 S. 561) bemerkt dazu: „Cet arrêt ne fait que sanctionner la jurisprudence et la doctrine généralement admises en Belgique et en France“ und führt zum Belege weitere Urtheile des Appellhofes von Gent (7. Juli 1853 Belge jud. 1854, S. 5) und des Kassationshofes (26. Juli 1852 Belge jud. 1853, S. 17) an. In ähnlichem Sinne entschieden die Urtheile des Tribunal de Bruxelles vom 19. Juli[69]) und 31. Dezember 1884.[70])

Schweiz.

In der Schweiz war die Behandlung des dommage moral vor dem 1. Januar 1883 eine verschiedene. Im Allgemeinen standen die Gerichte der romanischen Schweiz (Genf, Freiburg, Neuchatel, Tessin, Waadt, Wallis und Jura Bernois) auf dem Standpunkte der französischen, die der deutschen Kantone auf dem der gemeinrechtlichen deutschen Jurisprudenz.[71])

Nur auf dem beschränkten Anwendungsgebiete des Bundesgesetzes über die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875 hatte Artikel 7 desselben[72]) in der gleichen Richtung wie der nachher zu erwähnende Artikel 54 des Schweizer Obligationenrechts Einheit geschaffen.

Das am 1. Januar 1883 in Kraft getretene Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 verallgemeinerte den Grundsatz des Artikels 7 auf alle unerlaubten Handlungen. Der I. Titel behandelt die letzteren unter II und regelt in den Artikeln 50—53 die Ersatzpflicht bei Vermögensbeschädigungen.

Artikel 54 bestimmt dann weiter:

---

[69]) Pasicr. Belge 1882 3, 25: „Attendu que le préjudice souffert par le demandeur est avant tout un préjudice moral: celui qui résulte de la douleur qu'il a du éprouver de voir mourir son père . . .“

[70]) A. a. O. 85, 3, 25: Vergütung für „souffrances morales que sa mort a causées à sa veuve . . .“

[71]) Martin in der Zeitschr. für Schweizerisches Recht XXX. 32.

[72]) „Dans le cas de dol ou de négligence grave établie contre l'entreprise des transports, il peut être alloué ou blessé ou aux parents de celui qui a été tué, une somme équitablement fixée, indépendamment de l'indemnité pour le préjudice pécuniaire démontré.“

Digitized by Google

> Bei Körperverletzung oder Tödtung eines Menschen kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände, namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit, dem Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten, auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zusprechen.

Die Geldsumme, welche hiernach der Richter unter besonderen Umständen „auch abgesehen von dem Ersatz erweislichen Schadens“[73]) zusprechen soll, ist eine Vergütung des durch die Körperverletzung oder Tödtung dem Verletzten bezw. seinen Hinterbliebenen verursachten physischen und psychischen Schmerzes.[74])

Noch weiter geht Artikel 55:

> Ist Jemand durch andere unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen.

Diese Bestimmung dehnt die in Artikel 54 angeordnete Vergütungspflicht auch auf andere unerlaubte Handlungen als Körperverletzungen und Tödtungen aus, falls dieselben eine ernstliche Verletzung „in den persönlichen Verhältnissen“, d. h. in den Persönlichkeitsgütern verursacht haben.[75])

Das Schweizerische Bundesgericht hat auf Grund dieser Artikel eine Vergütung zugesprochen für Kreditschädigung durch Verbreitung ungünstiger Gerüchte über die finanzielle Lage eines Geschäfts, bezw. einer Bank;[76]) für Diffamation des Andenkens eines Verstorbenen

---

[73]) Im franz. Text: indépendamment de la réparation du dommage constaté; im italien. Text: indipendentemente del risarcimento del danno constatato.

[74]) Umfaßt also auch das Schmerzensgeld und das sog. Narbengeld. Ersteres galt schon vorher z. B. in Zürich §. 1845, Aargau §. 101, Luzern §. 718, Bern §. 966. Schneider und Fick Das Schweiz. Obligationsrecht 2. Aufl. §. 54. Vgl. ferner Löning in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft VII. 684 N. 35.

[75]) Die schweiz. Juristen gebrauchen für die Vergütung vielfach die Bezeichnung „Quasischmerzensgeld“, vgl. z. B. Stooß an dem unten angef. Orte und die neueren Register der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts.

[76]) Entsch. vom 8. Mai 1885 (Entsch. des Schweiz. Bundesgerichts XI. 199; hier ist Art. 55 auf eine Aktiengesellschaft, die Züricher Kantonalbank, angewendet),

Digitized by Google

(auf Grund von Artikel 55);[77]) für préjudice à la réputation;[78]) für Beleidigung;[79]) für „l'atteinte portée, momentanément du moins, à la santé de la victime de l'accident“ (Eisenbahnunglück) auf Grund von Artikel 55;[80]) in einem ähnlichen Falle für „le dommage moral causé à un père frappé dans ses affections de famille“[81]) und „pour le préjudice moral considérable éprouvé par les demanderesses du fait de la mort prématurée de leur père“ (auf Grund des Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875);[82]) endlich hat wegen einer malitiösen Grabschrift („Ruhestätte für Arnold Rutishauser. Unrichtige Mittel haben Dir Ende 1877 das Grab geöffnet!“) der Artikel 55 dem dadurch betroffenen Arzte für die „ernstliche Verletzung persönlicher Verhältnisse“ eine Vergütung verschafft.[83]) Was die rechtliche Natur der auf Grund der Artikel 54 und 55 zugebilligten[84]) Vergütungen anbelangt, so faßt sie die herrschende Meinung nicht als Strafe, sondern als Reparation, als Entschädigung auf.[85]) Für diese Auffassung wird, außer inneren Gründen, auch der Inhalt der Botschaft des Bundesraths zu Artikel 60 (jetzt Artikel 54) des Entwurfs eines Schweizerischen Obligationenrechts,

---

vom 8. Mai 1886 (Entsch. XII. 305) und vom 17. Oktober 1884 (Entsch. X. 567). Die Annahme eines tort moral bei Kreditschädigung ist nicht zu rechtfertigen.

[77]) 15. Februar 1889 (Entsch. XV. 310).

[78]) 29. Juni 1889 (Entsch. XV. 440).

[79]) 4. Februar 1888 (Entsch. XIV. 96).

[80]) 9. Juni 1888 (Entsch. XIV. 271).

[81]) 21. Juli 1883 (Entsch. IX. 268).

[82]) 15. Dezember 1888 (Entsch. XIV. 606). Vgl. ferner die Entscheidungen vom 1. Februar 1882 (VIII. 796) und 12. Februar 1882 (VIII. 808).

[83]) 5. Februar 1887 (Entsch. XIII. 82). Vgl. ferner die Entsch. vom 4. November 1887 (Entsch. XIII. 526).

[84]) Wie schon die auf Art. 7 des B.-G. vom 1. Juli 1875 beruhenden (vgl. die Entscheidungen in Anm. 82).

[85]) C. Stooß in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins von 1886 (Zeitschr. f. Schweiz. Recht XXVII. 596, 600, 605), ein die Art. 50fg. gut erörterndes Referat; Haberstich Handbuch des Schweiz. Obligationenrechts 2. Aufl. I. 174, 184; van Muyden Zeitschr. f. Schweiz. Recht XXVII. 665 V.; Entsch. des B.-G. vom 1. Februar 1882 (Entsch. VIII. 796), 8. Mai 1885 (XI. 199), 21. Juli 1883 (IX. 268).

Digitized by Google

vom 27. November 1879[86]) und der Umstand angeführt, daß die Artikel 54, 55, so weit sie strafrechtlicher Natur wären, die Kompetenz der Bundesgewalt überschreiten würden; doch findet sich da und dort auch der Gedanke einer wenigstens „nebensächlichen" pönalen Funktion der erwähnten Bestimmungen.[87])

Italien.

Die herrschende Meinung Italiens bewegt sich in derselben Richtung wie diejenige Frankreichs; vereinzelt findet sie entschiedenen Widerspruch, so insbesondere bei dem Verfasser des italienischen Hauptwerkes über Schadenersatz, Chironi.[88]) „Il danno," bemerkt dieser,[89]) „è detto diminuzione di patrimonio. Ma quando non si verifica alcuna diminuzione, può esservi risarcimento? La dottrina risponde affermativamente colla distinzione fra danno materiale e danno morale, dando all' uno il significato di pregiudizio patrimoniale, ed all altro di dolori ingiustamente cagionati, ed afferma che i dolori, i danni morali sono risarcibili, lasciando al giudice il determinare l'estensione del risarcimento pecuniario."

So erkannten die italienischen Gerichte eine Vergütung zu für: La morte di una persona amata;[90]) la perdita di una lite ingiuriosa;[91]) la fine deplerevole d'un capo di famiglia per le affezioni offese, per la mancata tutela maritale e paterna.[92]) Eine Entscheidung des Appellhofs von Turin[93]) bemißt die Vergütung für eine durch einen Eisenbahnunfall verursachte Körperverletzung mit Rücksicht „alla dolorosa operazione, alle gravi sofferenze a cui il D. dovette soggettarsi . . ." Chironi macht gegen die herrschende Meinung, in eingehender Ausführung, geltend, der Schaden

[86]) I. §. 7.

[87]) Vgl. z. B. Entsch. d. B.-G. vom 8. Mai 1885 (XI. 199), Martin a. a. O. 29 und Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins a. a. O.

[88]) La colpa nel diritto civile odierno II Colpa extra-contrattuale (Aquiliana) 2 Bd. Torino 1886/87.

[89]) Bd. II N. 411.

[90]) Bologna 5. März 1884. Rivista penale XX. 560. Citirt nach Chironi a. a. O. Anm. 1—3.

[91]) Roma, 9. April 1883. Riv. pen. a. a. O.

[92]) Cass. Firenze, 17. Januar 1884. Riv. pen. XIX. 321.

[93]) 17. September 1888. Monitore dei Tribunali XXX. (1889) S. 645.

Digitized by Google

(danno) sei stets ein materieller, eine Vermögensverminderung, müsse deshalb in Geld schätzbar sein und lasse nur unter dieser Voraussetzung eine Reparation (risarcimento) in Geld zu; der Schmerz lasse sich nicht in Geld schätzen, ein „risarcimento morale" werde dem Verletzten durch die den Thäter verurtheilende Entscheidung des Strafrichters zu Theil.[94])

England.

Fein ausgebildet und in reicher Kasuistik angewendet sind die Grundsätze über Vergütung nichtökonomischen Schadens im englischen Common law. Regelmäßig begründet die Verletzung fremder Güter[95]) [injury[96])] durch eine unberechtigte, verschuldete Handlung [tort, delict[96])] eine Verbindlichkeit [liability[96])] zu Schadenersatz (damages).

Nach der Art des verletzten Objektes werden drei Arten von torts unterschieden: Injuries to the property, person or character.

Diese Unterscheidung, wie überhaupt die Grundlage der im Folgenden dargestellten englischen Gerichtspraxis, ist im Wesentlichen schon vorhanden bei Blackstone, in seinen Commentaries on the laws of England;[97]) er unterscheidet[98]): Rights of Persons und rights of things, und unter ersteren wieder absolute und relative Rechte; „absolute which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons; relative which are incident to them as members of society and standing in various relations to each other,"[99]) und betont: „that the first

[94]) Bd. II N. 412, 413, 415.

[95]) Von Verletzungen oblig. Verbindlichkeiten wird auch hier abgesehen.

[96]) Vgl. über diese nicht immer scharf geschiedenen und in gleichem Sinne gebrauchten Ausdrücke die Erörterungen von Markby Elements of law (4. Ed. Oxford 1889) S. 667 fg., 696 fg., 706 fg., 713, 714 und die dort Angeführten. Delict, wrong und tort werden gewöhnlich nur angewendet für „wrongs independent of contract". Holland The Elements of Jurisprudence (Oxford 1880) 217; derselbe bemerkt weiter: The right resulting from wrongs independent of contract is of a wider character than that which results from breeches of contract. In the former case only as a rule mental and bodily suffering may be taken into account in measuring the damages to be awarded.

[97]) 4 Bde. London 1765.

[98]) I. S. 122 fg.

[99]) I. S. 123.

Digitized by Google

and primary end of human laws is to maintain and regulate these absolute rights of individuals.“ [100])

Diese absoluten Rechte sind: „The right of personal security (i. e. a persons legal and uninterrupted enjoyment of his life, his limbs, his body, his health and his reputation), the right of personal liberty and the right of private property.[101])

Damages sind nach Blackstone „a compensation and satisfaction for the injury sustained, as for a battery, for imprisonment, for slander or for trespass“. [102])

Mayne[103]) bezeichnet damages als „the pecuniary satisfaction which a plaintiff may obtain by success in an action“. [104])

Daß unter damages nicht nur pekuniärer Schaden verstanden wird, steht außer Zweifel. „Every injury imports a damage though it does not cost the party a farthing; for a damage is not merely pecuniary, but an injury imports a damage when a man is thereby hindered of his right,“ [105]) so, wenn einer den anderen verleumdet, ihm eine Ohrfeige giebt, über seinen Grund und Boden reitet (ohne ihn zu beschädigen), die Schutzmarke oder Verpackung seiner Waaren nachmacht u. s. w.[106])

Was hier zuerkannt wird, sind „nominal damages“, d. h. „a sum of money that may be spoken of, but has no existence in point of quantity“,[107]) und es gilt mit gewissen Ausnahmen die Regel, daß „every infringement of a right involves a claim to nominal damages though all actual damage is disproved“;[108]) daneben können „substantial damages“ beansprucht werden, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

[100]) I. S. 124.

[101]) I. S. 129 fg.

[102]) II. S. 438, III. 118, vgl. überhaupt daselbst ch. 8 „Of the wrongs and their remedies, respecting the rights of persons.“

[103]) Treatise on damages. 4. Ed. by Mayne and Smith. London 1884. Die folgenden, in englischen Cases niedergelegten Grundsätze sind hauptsächlich diesem, in England sehr angesehenen Werke entlehnt, auf dessen angegebenen Seiten die näheren Verweisungen auf die Reports sich finden.

[104]) S. 1, 9.

[105]) Mayne S. 3.

[106]) Mayne S. 104/5.

[107]) Mayne S. 4.

[108]) Mayne S. 7 (Bemerkung von Mayne selbst).

Digitized by Google

Was nun die verschiedenen Gattungen der Delikte anbelangt,[109]) so ist in Bezug auf injuries to the property hervorzuheben, daß die aus ihnen entspringende Verbindlichkeit zum Ersatz des Vermögensschadens erhöht wird („additional damages") durch erschwerende Umstände, insbesondere entsprechend der Höhe der Schuld des Thäters (z. B. „wanton insult to the owner".[110]) In Bezug auf injuries to the person or character sagt Mayne:[111]) „Where the person or character is injured it is difficult, if not quite impossible, to fix any limit, and the verdict is generally a resultant of the opposing forces of the counsel, tempered by such moderating remarks as the judge may think the occasion requires."

Während damages in Kontraktverhältnissen und bei tort to the property regelmäßig blos als compensation betrachtet werden, so tritt ein strafrechtliches Element hinzu bei torts to the person or character und bei torts to the property dann, wenn erschwerende Umstände vorliegen. Es wird hier sowohl der Grad der Schuld des Thäters berücksichtigt („where the injury is to the person, or character or feelings, and the facts disclose fraud, malice, violence, cruelty or the like, they operate as a punishement, for the benefit of the community, and as restraint to the transgressor")[112]), als auch seine Vermögenslage: „this would have been absurd if damages were only a payment for an injury; but if they were a penalty for a wrong, it would be quite just, because the penalty must be proportioned to the means of the offender."[113])

In beiden Fällen werden damages zuerkannt „for examples sake and by way of punishing the defendant."[114])

In Bezug auf die Verletzung der einzelnen Arten der Persönlichkeitsgüter ist zunächst die Eigenthümlichkeit zu erwähnen, daß das Common law eine civil action wegen Tödtung

[109]) Mayne S. 41 fg.
[110]) Mayne S. 41.
[111]) Mayne S. 41.
[112]) Mayne S. 42/3.
[113]) Mayne S. 43.
[114]) Mayne S. 43/4; ebenso in Amerika.

Digitized by Google

nicht gewährte; erst ein Gesetz vom Jahre 1846,[115]) gewöhnlich Lord Campbells Act genannt, räumte unter gewissen Voraussetzungen dem Ehegatten, den Eltern und Kindern des Getödteten eine Schadenersatzklage ein;[116]) die englische Praxis (anders die schottische) berücksichtigt aber nur Vermögensschaden, („the jury cannot take into consideration mental suffering or loss of society . . . . . damages of a pecuniary nature must be shown.“[117])

In anderen Fällen von personal injury wird auch Vergütung für pain and suffering gewährt;[118]) in einer einschlägigen Entscheidung bemerkt Richter Parke „Scarcely any sum could compensate a labouring man for the loss of a limb, yet you do not in such a case give him enough to maintain him for life“;[119]) ferner für malicious prosecution, wenn sie verursacht „damage to a man's fame“ oder durch die Gefahr „to loose his life or limb or liberty“,[120]) doch bemerkt Mayne[121]) hierzu: „Cases of this sort vary so much according to the nature of the charge preferred, or action brought, and according to the rank and motives of the parties, that the damages are always a mere matter of speculation.“ Dies gilt auch für damages for actions for assault[122]) or false imprisonment[123]) und für defamation,[124]) aber „one of the principal elements in estimating the damages, is the malice of the defendant;[125]) . . . . where the cause of action is proved or admitted, the jury are not limited to nominal damages, though no evidence is given on the part of the plaintiff.“[126])

---

[115]) 9 und 10 Vict. c. 93.

[116]) S. 1 und 2.

[117]) Horace Smith a Treatise on the law of negligence (2. Ed. London 1884) S. 251 fg., 253 u. Anm. i, Mayne S. 487 fg.

[118]) Mayne S. 431/2.

[119]) Mayne S. 432.

[120]) Mayne S. 424/5.

[121]) Mayne S. 429

[122]) Assault (insultus) ist: „an attempt or offer to beat another, without touchinghim,“ 3 Blackstone Comm. 120.

[123]) Mayne S. 131.

[124]) „Damages in this action are so entirely at the discretion of the jury that no rule as to their amount can be laid down“ Mayne p. 445.

[125]) Mayne S. 445.

[126]) Mayne S 449.

Digitized by Google

Es wird in Bezug auf die Wirkung der defamation unterschieden zwischen general und special damage oder injury: „Where words are in themselves actionable, no special damage need be laid or proved; the law presuming that the uttering of the words or the publishing of the libel have in themselves a natural and necessary tendency to injure the plaintiff.“

Dagegen „special damage must be laid and proved, where the words are not actionable without it. In this case the special damage is the gist of the action“ (Klagegrund).[127])

Wenn auch an sich nicht hierher gehörig, so möge doch wegen der Verwandtschaft mit dem Folgenden hier erwähnt werden, daß bei „breach of promise of marriage“ damages nicht blos für Vermögensschaden gewährt werden. Tritt „seduction“ hinzu, so darf berücksichtigt werden, „the plaintiffs lessened prospect of marrying another, and the difference of her position in returning to her mothers house, not as a virtuous and respected member of the family, but as a disgraced woman.“[128])

Die „action for seduction“ im technischen Sinne ist ursprünglich nur für den Fall bestimmt, daß der Schaden in dem Verluste von Diensten besteht, doch betrachtet man die Klage als solche „for example's sake, and also the plaintiffs loss may not really amount to the value of twenty shillings, yet the jury do right in giving liberal damages“ und Lord Eldon sagt: „that this is an action brought by the parent for an injury to her child . . . They (die Jury) may look on her as losing the comfort, as well as the service of her daughter, in whose virtue she can feel no consolation; and as the parent of other children, whose morals may be corrupted by her example“; und, heißt es in einer anderen Entscheidung, „not only the wounded feelings of the plaintiff, but also the dishonour resulting from the act may form part of the estimate of damages;“[129]) erschwerend soll ins Gewicht fallen die hohe Stellung der Parteien.[130])

Im Falle von Ehebruch (adultery) kann nach 20 und 21

[127]) Mayne S. 451/2.
[128]) Mayne S. 459.
[129]) Mayne S. 461/2.
[130]) Mayne S. 462.

Digitized by Google

Vict. C. 85 der Ehegatte mit der Klage auf Scheidung oder gerichtliche Trennung oder auch unabhängig von einer solchen damages beanspruchen. Ueber den Grund dieser Klage sagt Richter Bull: „The action lies in this case for the injury done to the husband in alienating his wifes affections, destroying the comfort had from her company, and raising children for him to support and provide for; and as the injury is great, so the damages given are commonly very considerable.“[131]) Gegenstand der Vergütung ist also hauptsächlich „the loss of the wife's society and affection.“

Bemerkenswerth ist, daß der Gerichtshof die Verwendung der von der Jury zuerkannten damages bestimmen und z. B. anordnen kann, daß sie den Kindern oder der Frau gesichert werden müssen.[132])

II.

Beim Durchgehen vorstehender Uebersicht der ausländischen Jurisprudenz regt sich nicht selten ein Gefühl des Widerstrebens gegen dieselbe und damit gegen die allgemeine Anerkennung einer Verbindlichkeit zur Geldvergütung anderen als Vermögensschadens. Die Prüfung der Berechtigung dieses Gefühles soll die Aufgabe der folgenden Erörterung sein, die durch das Vorhergehende vor allzugroßer Abstraktion bewahrt bleiben wird.

Ihre Aufgabe des Schutzes menschlicher Lebensgüter[133]) erfüllen Privat- und Strafrecht auf verschiedenen Wegen; letzteres durch den Strafzwang, ersteres hauptsächlich durch den Erfüllungs- bezw. Entschädigungszwang; wie auf anderen Gebieten, so ist auch auf dem des Rechts das stärkere Mittel, hier das der Strafe, das subsidiäre, welches nur dann angewendet wird, wenn das schwächere, hier das des Erfüllungszwangs, zur Erreichung des gesteckten Zieles nicht genügt.

Ob das im einzelnen Falle vom Recht gewählte Mittel zu der einen oder der anderen Art gehört, Strafe oder Erfüllung, bezw.

---

[131]) Mayne S. 465.

[132]) Mayne S. 465.

[133]) Ihering Der Zweck im Recht 2. Aufl. I. 435 fg. („Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“).

Digitized by Google

Reparation ist, ist nicht selten ebenso praktisch wichtig als zweifelhaft, wie sich beispielsweise in dem noch immer nicht geschlichteten Streite über das Verhältniß der actio injuriarum aestimatoria zu dem §. 2 des Einf.=Ges. zum R.=St.=G.=B. zeigt. Auch in unserem Falle läßt sich die Berührung dieser Frage nicht umgehen. Strafrechtliche Bestimmungen können auch in ein privatrechtliches Gesetzbuch aufgenommen werden, mag dies geschehen sein aus Unklarheit des Gesetzgebers über ihre Natur oder aus Gründen der Zweckmäßigkeit; ihre rechtliche Natur wird durch diese Stellung ebensowenig verändert wie durch ihre Anwendung seitens eines Civilgerichts. Unsere Untersuchung erstreckt sich zunächst nur auf Mittel privatrechtlicher Natur und zwar auf die an unerlaubte Verletzungen fremder Güter geknüpfte Verbindlichkeit des Thäters, den vor der Verletzung bestandenen Zustand wieder herzustellen. Welches ist nun dieser Zustand?

Handelt es sich um eine Verletzung der Beziehung einer Person zur Außenwelt, dessen was eine Person hat (Jhering), so kommt zunächst die Wiederherstellung in Natur (Naturalreparation) in Betracht. In der Mehrzahl der Fälle ist diese aber nicht möglich oder nicht zweckmäßig und die Reparation muß einen anderen Charakter annehmen.

Jede Verletzung trifft in letzter Linie das Innere der Persönlichkeit. Die Eigenschaft eines Gutes als solchen beruht auf seiner Bedeutung für die Person, darauf, daß es den Werth des Lebens für die Person, ihr Wohlsein[134]) bedingt, daß seine Verletzung ihr Wohlsein stört. Dem entsprechend ist auch das letzte Ziel der Reparation die Wiederherstellung des gestörten Wohlseins. Das Gebiet menschlicher Güter, für welches ein einigermaßen zuverlässiger Maßstab ihrer Bedeutung für das Wohlsein ihres Besitzers besteht, ist das Vermögen; dieser Maßstab ist der Geldwerth des fraglichen

[134]) „Besieht man es genau, so gründet sich doch zuletzt nur ein jeder auf ein gewisses inneres Behagen an seinem Dasein" Goethe Zur deutschen Litteratur (Anzeige von Jakobi's Briefwechsel 1827) Der Ausdruck „Wohlsein" hat im gewöhnlichen Sprachgebrauch häufig einen engeren Sinn, es ist aber kaum ein besserer zu finden. „Glück" sagt zu viel, „Lebensgenuß" klingt etwas materiell, „Lustgefühl" zu schulphilosophisch.

Digitized by Google

Gutes; welche der verschiedenen Arten von Werth[135]) in Betracht zu ziehen ist, mag im einzelnen Falle nicht leicht zu entscheiden sein, von einer derselben hat das Recht zu allen Zeiten angenommen und annehmen dürfen, daß die Wiedergewährung des durch eine Vermögensverletzung entzogenen Werthes auch die durch die Entziehung hervorgerufene Störung des Wohlbefindens ihres Besitzers wieder ausgleiche; es hat deshalb diese Art von Reparation angeordnet, ja vielfach sich damit begnügt, nicht beachtend, daß auf diese Weise der in der Vergangenheit liegende, abgeschlossene Schaden nicht ausgeglichen wird und ebensowenig die mit derjenigen des Vermögens häufig verbundene anderweite Verletzung nichtpekuniärer Art. Ist auch für das übrige Gebiet menschlicher Güter dieses Verfahren möglich, giebt es auch hier unter den dem Rechte zu Gebote stehenden Reparationsmitteln Aequivalente in dem Sinne, daß ihr Besitz, wenigstens in den Augen des Rechts, für das Subjekt gleichwerthig wäre mit dem eines demselben entzogenen Gutes nichtwirthschaftlicher Art? Soviel ist sicher, daß das oben erwähnte Verfahren der Vergleichung und Werthsermittelung hier nicht anwendbar ist; diese Güter haben keinen Geldwerth, darauf beruht ja eben ihre Unterscheidung von denen vermögensrechtlicher Art. Wenn auch hier das Geld reparirend wirken soll, so muß seine Wirkung auf das Innere des Subjektes für jede Art von Gütern nicht vermögensrechtlicher Art geprüft und ermittelt werden, ob die durch die Entziehung letzterer verursachte Störung des Wohlseins[136]) durch die Gewährung einer Geldsumme wirklich ausgeglichen werden kann. Man hat dies für derartige Güter überhaupt bestritten, weil sie mit Geld unvergleichbare Größen seien; diese Einwendung trifft jedoch nur die äußere Werthreparation nach Art derjenigen des Vermögens, nicht die innere der eben angegebenen Art. Es ist die Möglichkeit nicht zu leugnen, daß, wenn auch das Geld an und für sich die Ausgleichung nicht zu bewirken vermag, doch andere Güter dies vermögen, welche der Verletzte mit Geld erwerben

---

[135]) Mataja Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie 155 fg.

[136]) Das „Gestörte Gleichgewicht des Subjekts" Degenkolb im Civ. Archiv Bd. 76 S. 24.

Digitized by Google

kann.[137]) Von dieser Auffassung scheint die oben dargestellte ausländische Jurisprudenz in einer Ausdehnung auszugehen, die ebenso einseitig ist wie der beschränkende Standpunkt der gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Eine gleichmäßige Behandlung aller Güter nichtökonomischer Art läßt überhaupt deren, bisher nur negativ bezeichnete, keineswegs gleichartige Natur nicht zu. Eine Prüfung, welche derselben eine Geldreparation zulassen, welche nicht, wird am sichersten vor sich gehen auf Grund derjenigen Fälle, in welchen das Leben selbst die Beantwortung der Frage schon verlangt hat. — In jeder Verletzung fremder Güter kann, wenn sie absichtlich erfolgt, der Ausdruck der Mißachtung der Persönlichkeit, eine Injurie i. e. S. liegen, auch in der Verletzung des Vermögens.

Gleich hier wird die Frage nach der Möglichkeit einer Geldreparation verneint werden müssen, aus den gleichen Gründen, wie bei den Ehrverletzungen durch Beleidigung i. e. S., falsche Anschuldigung, Bruch eines Verlöbnisses, unzüchtige Aeußerungen oder Handlungen, Verführung, Entführung, Nothzucht, Doppelehe (diese und die folgende Zusammenstellung hat nicht den Zweck juristischer Klassifizierung, sondern lediglich den einer gewissen Uebersichtlichkeit) u. s. w. Bei keiner dieser Handlungen kann angenommen werden, daß ihr Eindruck auf das Innere des Verletzten aufgehoben werde durch Geld oder geldwerthe Güter (der Kürze halber wird letzteres im Folgenden unter dem Ausdrucke Geld miteinbegriffen werden), bei keiner kann das Geld Ersatzfunktion in der Weise üben, daß es dem Verletzten an Stelle der ihm durch die Verletzung entzogenen angenehmen bezw. verursachten unangenehmen Empfindung eine andere verschafft, welche jene ersetzt bezw. diese aufhebt. So angenehm der Empfang einer Geldsumme an und für sich auch den Verletzten berühren könnte, nicht darum handelt es sich, ihm überhaupt wohlzuthun, sondern ihm wohlzuthun durch Aufhebung einer bestimmten Unlust, was sich nur erreichen läßt durch Erregung einer Empfindung ähnlicher Art wie die verlorene. Welches die für den deutschen Gesetzgeber und Kritiker allein maßgebenden deutschen Anschauungen in dieser Beziehung sind, dafür ist in hohem Grade

[137]) Wächter a. a. O. 74 fg, Thon a. a. O. 58, Kohler Patentrecht 651, Windscheid II §. 455 N. 31, Bruns a. a. O. 499.

Digitized by Google

charakteristisch das Verhalten der beleidigten Partei bei Sühneverhandlungen in Beleidigungssachen, die ja, mögen sie vor der Vergleichsbehörde (St.-P.-O. §. 420) oder in der Hauptverhandlung vorgenommen werden, sehr häufig erfolgreich und zwar damit enden, daß der Beleidiger u. A. sich zu einer Geldleistung verpflichtet; nach den eigenen Erfahrungen des Verfassers und den ihm mitgetheilten Anderer läßt sich nun niemals der Beleidigte *für sich* eine Leistung versprechen, sondern stets zu Gunsten irgend eines dritten Empfängers (der Armen, einer Stiftung u. s. w.), ein deutliches Zeichen, daß der Volksanschauung *nicht ein Geldvortheil* Genugthuung bietet, wovon unten noch die Rede sein wird. Das Gleiche darf, auch ohne die Möglichkeit, so deutliche Symptome anzuführen, behauptet werden für die Verletzung zahlreicher anderer Güter. Die Verletzung des Gutes der Liebe oder Freundschaft durch die Tödtung eines Angehörigen oder Freundes; des Pietätsgefühls durch Beschimpfung des Andenkens eines Verstorbenen, Vernichtung von Andenken, Reliquien, Familienpapieren u. s. w.; der Familienbeziehungen durch Verletzung der elterlichen oder ehemännlichen Gewalt, Ehebruch u. s. w.; des Namenrechts durch Mißbrauch des Namens; der Ruhe und des Friedens durch einen chikanösen Prozeß, falsche Schreckensnachricht, Drohung, Beeinträchtigung des Friedens von Haus und Hof u. s. w.; Verletzung sonstiger Affektionsinteressen durch Entziehung von Kuriositäten, Raritäten, Unika, Manuskripten, Modellen ohne Vermögenswerth oder abgesehen von ihm — kann regelmäßig durch Geld nicht wieder gut gemacht werden; mag es auch Einzelne geben, welche in geistigen Genüssen höherer Art, die mit Geld zu beschaffen sind, auch für derartige Störungen ihres Seelenfriedens Trost zu finden vermögen, so ist dies doch eine zu vereinzelte Möglichkeit, als daß sie für den Gesetzgeber in Betracht kommen könnte. Was unser verletztes Gefühl in solchen Fällen vom Rechte verlangt, ist nicht ein Geldvortheil, sondern, daß der Thäter für seine Schuld — Vorsatz oder Fahrlässigkeit, falls letztere überhaupt möglich — gezüchtigt werde; nicht einen Vortheil für uns begehren wir, sondern ein Uebel, m. a. W. *Strafe* gegen den Thäter; *sie* bietet uns „Ergetzung" (Art. 20 C. C. C.), „solatium" (l. 3 Dig. de litig. 44, 6) oder, modern gesprochen, „Besänftigung"[138]), Gefühls-

[138]) *Binding* Die Normen und ihre Uebertretung I. (2. Aufl.) 437 N. 9

und Willensumstimmung[139]), Genugthuung[140]); darauf ist es auch zurückzuführen, daß, wie oben erwähnt, der Beleidigte beim Vergleiche *nichts für sich* will, sondern nur die Benachtheiligung und Demüthigung des Thäters, und dasselbe lehrt uns das Verhalten der Völker in der Jugendperiode ihres Rechts.

Daß die Strafe gegen den Thäter dem Verletzten auch ökonomisch zu Gute kommt, ändert an ihrer Natur nichts, sie bleibt Strafe, einerlei, ob der Thäter an Leben, Leib, Freiheit, Ehre oder Vermögen büßen muß und ob der ihm entzogene Vermögensvortheil dem Verletzten zufließt oder dem Staate oder sonst Jemandem. Die Verbindlichkeit zu einer Geldleistung an den Verletzten *zur Strafe* ist von der *zur Reparation* äußerlich nicht zu unterscheiden, entscheidend für ihre Natur ist der Zweck, zu welchem der Gesetzgeber sie verhängt, je nachdem sie dem Verletzten zu Liebe oder dem Thäter zu Leide auferlegt wird;[141]) „die Strafe soll[142]) eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen.“[143]) Auch in den Rechtsgebieten, wo man mehr dazu neigt, derartige Leistungen allgemein als Entschädigung aufzufassen, drängt sich unabweislich der Gedanke immer wieder hervor, daß man es hier eigentlich mit einer pönalen oder doch zum Mindesten mit keiner rein reipersekutorischen Leistung zu thun habe. Es wurde darauf oben bei der Darstellung des schweizerischen, italienischen und englischen Rechtes schon hingewiesen; daß es auch für französische Schriftsteller und Entscheidungen gilt, sei hier nachträglich beigefügt.

Die Leistung an den Verletzten macht der an den Staat Platz, jemehr die öffentliche Strafe an Boden gewinnt, obwohl die Möglichkeit rechtlich nicht ausgeschlossen ist, daß der Staat die *öffentliche* Geldstrafe dem Verletzten überweist.[144])

Wenn man also in *diesen* Fällen von einer Satisfaktionsfunktion des Geldes spricht, so ist dies nur in dem Sinne richtig,

[139]) Binding a. a. O. 416.
[140]) Binding a. a. O. 416, Ihering Rechtsgutachten 51 fg., 60 und sonst.
[141]) Thon a. a. O. 40 fg., insbesondere 61.
[142]) Wenigstens in erster Linie.
[143]) Binding a. a. O. Text zu N. 11.
[144]) Binding a. a. O. 437.

Digitized by Google

daß nicht die Leistung an den Verletzten, sondern die Leistung seitens des Thäters jene Funktion ausübt, einerlei, ob sie dem Verletzten zukommt oder nicht, während umgekehrt für die Reparation das letztere wesentlich, unwesentlich dagegen die Person des Leistenden ist.

Eine Probe für die Richtigkeit der Auffassung einer Leistung als Reparation besteht also darin, daß sie auch, wenn ein Dritter sie gewährt, ihren Zweck erfüllen, ihn aber verfehlen muß, wenn sie nicht dem Verletzten zukommt, während es umgekehrt für ihre Strafnatur spricht, wenn sie auch bei Gewährung an einen Dritten ihren Zweck (sei es auch in geringerem Maße) erfüllt, ihn aber verfehlt, wenn ein Dritter sie bewirkt. Da die letzteren Merkmale auf die sogen. Entschädigungen der oben besprochenen Art zutreffen, so müssen wir ihnen, unabhängig von den zu ihrer Bezeichnung gebrauchten Ausdrücken, die privatrechtliche Natur absprechen.

Neben dieser Gruppe von Gütern steht nun eine andere (es läßt sich darüber streiten, ob nicht einzelne der unter der ersten Gruppe angeführten Güter richtiger dieser zweiten zugewiesen würden, hier kommt es indessen nur auf den Grundsatz, nicht auf seine Anwendung im einzelnen Falle an), welche zwar ebenfalls nichtökonomischer Natur ist, deren Verletzung aber gleichwohl durch Geld wieder gut gemacht werden kann. Eine und dieselbe Handlung kann gleichzeitig Güter jeder der drei Gruppen (unter der dritten werden die wirthschaftlichen Güter verstanden) verletzen. Eine der oben angeführten Verletzungen von Gütern der ersten Gruppe kann gleichzeitig durch Verursachung körperlicher Schmerzen, von Krankheit, Siechthum, Lähmung, Verunstaltung, Verlust eines Sinnes, eines Gliedes, des Verlustes der mit dem Besitze eines guten Namens, einer reinen Geschlechtsehre verbundenen Vortheile und Aussichten, der mit dem Besitze der Eltern, des Ehegatten, der Kinder verbundenen häuslichen Behaglichkeit, der mit dem freien Gebrauch des Eigenthums verbundenen Annehmlichkeiten (auch ein chikanöser Prozeß kann hierher gerechnet werden) ein Gut dieser zweiten Gruppe treffen, oder ein solches kann für sich allein verletzt werden (so namentlich, wenn keine Absicht vorliegt) Eine sichere Charakterisirung eines Gutes wird im einzelnen Falle oft schwer sein, im Allgemeinen werden wir die der

Digitized by Google

zweiten Gruppe zugehörigen wohl am besten als diejenigen bezeichnen, auf welchen unser materieller Lebensgenuß beruht, die der ersten als solche idealer Natur. Werden jene dem Besitzer entzogen, so lassen sich meist mit Geld andere erwerben, welche die verlorenen wenigstens einigermaßen ersetzen, das Maß des vor dem Verlust vorhandenen Lebensgenusses wieder herstellen; die Zuerkennung einer Geldleistung als Reparation hat daher hier einen guten Sinn; hier ist es einerlei, ob der Verletzte das Geld vom Thäter erhält oder von einem Anderen, seinen Zweck erfüllt dasselbe im einen wie im andern Falle. Charakteristische Beispiele dieser Gruppe, wenn auch hauptsächlich aus dem Kontraktsverhältnisse, sind die von Ihering in seinem „Kampf um's Recht" (8. Aufl. 87, vergl. auch Rechtsschutz 99 fg. und Lehmann a. a. O. 15 fg.) angeführten. Dieser Art von Gütern kann und soll das Privatrecht nicht minder Schutz gewähren wie dem Vermögen. —

III.

Der oben gemachten Bemerkung, daß die Keime der hier vertretenen Anschauungen schon in der Jugendperiode des Rechtes sich finden, wo dessen Gestaltung unmittelbarer und stärker von dem Rechtsgefühle des Volkes beeinflußt wurde als heute, scheinen gewisse Bildungen des römischen und germanischen Rechts zu widersprechen; es möge deshalb auf die hervortretendsten derselben hier noch ein Blick geworfen werden.

Darauf, daß das römische Recht den nicht-ökonomischen Gütern einen weitgehenden Schutz gewährte, wurde oben schon hingewiesen. Wenn man das hauptsächlichste Schutzmittel, die actio injuriarum, nur obenhin betrachtet, so gewinnt man zwar den Eindruck, als ob die römische Auffassung der Möglichkeit, auch andern als Vermögensschaden, insbesondere auch eine Verletzung jener ersten Gruppe idealer Interessen durch Geld wieder gut zu machen, von der oben vertretenen erheblich abwiche, eine Geldreparation in viel weiterem Umfang zulasse. Es mag hier dahingestellt bleiben, welche Bedeutung einer derartigen Verschiedenheit der Auffassung für unser heutiges Rechtsleben beizulegen wäre, und nur geprüft werden, ob diesem ersten Eindrucke die Wirklichkeit entspricht.

Digitized by Google

Die actio injuriarum[145]) diente zum Schutze der Persönlichkeit gegen absichtliche und widerrechtliche Kränkungen,[146]) mochte die kränkende Handlung die Person unmittelbar oder mittelbar treffen,[147]) vorausgesetzt nur, daß nicht eine besondere Klage dafür gegeben war. Im Einzelnen[148]) wird die actio injuriarum gewährt wegen Verletzungen des Körpers, bezw. der körperlichen oder geistigen Gesundheit, der Ehre, einschließlich der Geschlechtsehre, des guten Namens (auch in Bezug auf die Vermögenslage), der Würde, des Anstandes, der Schamhaftigkeit, der Pietätsgefühle (Verletzung eines Grabes), der persönlichen Freiheit (einschließlich gewisser Fälle von Drohung und muthwilliger Ladung vor Gericht), des Hausfriedens, wegen Betretung eines fremden Grundstücks wider Verbot, wegen Hinderung und Störung im Gebrauche des Eigenthums z. B. durch chikanöse Immission von Rauch oder Flüssigkeit von einem Grundstücke auf das andere u. s. w. Die aus der Injurie entspringende Verbindlichkeit zu einer Geldleistung an den Verletzten trat hiernach auch in Fällen ein, in welchen wir einen privatrechtlich irreparablen Schaden annehmen; die unmittelbare Ehrverletzung, das abducere eines comes matronae,[149]) das assectari[150]) u. s. w. treffen zweifellos Güter unserer ersten Gruppe, allein der scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man sich erinnert, daß die actio injuriarum nicht eine reipersekutorische sondern eine Strafklage war,[151])

[145]) Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Landsberg Injuria und Beleidigung 29 fg., Ihering Rechtsschutz 1 fg.

[146]) Vgl. hierzu Windscheid II. §. 472, Dernburg II. §. 137; Landsberg (56) definirt injuria geradezu als „widerrechtliche Verletzung eines Affektionsinteresses".

[147]) Die nähere Ausführung dieser Unterscheidung bei Ihering a. a. O. Ob sich auf dieselbe der weitere Ausbau der Lehre von der actio injuriarum gründen läßt (Landsberg 13 fg.), bedarf hier keiner Erörterung.

[148]) Ulpian (l. 1 §. 2 Dig. de inj. 47, 10) macht folgende Eintheilung:

„Omnemque injuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere";

nach verschiedenen Gesichtspunkten geordnete Zusammenstellungen finden sich bei Landsberg a. a. O. 42 fg., 56 fg., 99 fg., auf welche wegen der Quellenbelege verwiesen wird; vgl. wegen letzterer auch Windscheid II. §. 472 N. 1a.

[149]) L. 1 §. 2 Dig h. t. 47, 10.

[150]) L. 15 §. 22 Dig. h. t.

[151]) Windscheid II. §. 472, Landsberg 86 Text und N. 3, — Darüber ob dies auch für das gemeine Recht gilt, vgl. einerseits Landsberg 86 fg., 97,

Digitized by Google

deren Wirkung bestimmungsgemäß nicht auf dem Geldvortheil beruhte, welchen sie dem Verletzten verschaffte, sondern auf dem Uebel, welches sie dem Thäter zufügte; wenn jener Vortheil auch im einzelnen, hierzu geeigneten Falle reparirend wirkte, so war dies doch nur eine Neben-, eine Reflexwirkung;[152]) die actio injuriarum verlor dadurch so wenig ihren Strafcharakter, als die reine actio popularis dadurch aus einer actio poenalis zu einer actio reipersecutoria wurde, daß der dem Kläger zufließende Antheil an ihrem Ergebniß thatsächlich eine ähnliche Wirkung haben mochte.

Die Vermengung von Strafe und Reparation ist, wie schon erwähnt, eine allgemeine, lange, ja bis heute nicht überwundene Erscheinung der älteren Rechtszustände,[153]) in welchen, von Ausnahmen abgesehen, das gegen den Einzelnen verübte Delikt vorwiegend nicht als Verletzung der Rechtsordnung, sondern als solche des privaten, subjektiven Rechts behandelt wird.[154]) Daneben unterscheidet das rohe Gefühl noch nicht zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Verletzung,[155]) es empfindet eine jede als eine injuria, eine Mißachtung seiner Persönlichkeit, und gegen diese, die ihm widerfahrene Unbill, Kränkung, zu welcher sich noch der Schmerz über den etwa sonst noch erlittenen Schaden gesellt, reagirt die noch nicht zum Rechtsgefühl geläuterte Leidenschaft[156]) durch das Verlangen nach Wiedervergeltung, die sie, auf sich selbst angewiesen, auch selbst übt durch Rache an Person oder Habe des Thäters oder seiner Sippe. Dies

---

Windscheid a. a. O., anderseits Ihering a. a. O., Dernburg a. a. O. — Text und N. 19.

[152]) Vgl. auch Landsberg 91 fg. 93, 95.

[153]) Vgl. für das römische Recht Ihering Schuldmoment 203, Geist I. 139; auch Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht I. Zur Lehre vom Interesse 18 fg., wegen des germ. Rechts s. unten.

[154]) Ihering Geist I. 120 fg., Schröder Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 330, Glasson Histoire du droit et des institutions de la France III. 523 fg., 554 fg.

[155]) Ihering Geist I. 126 fg., Schröder a. a. O. 344 Text u. N. 83, Brunner Ueber absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrecht, Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften von 1890 S. 815 fg., Glasson a. a. O. 578 fg.

[156]) Vgl. hierzu Platner Ueber die historische Entwicklung des Systems und Charakters des deutschen Rechts, vorzugsweise des Privatrechts I. 54 fg.

Digitized by Google

ist wohl der allgemeine Anfangszustand der Völker,[157]) vor Allem auch der Germanen.

Auch bei ihnen wurde die Verletzung des Einzelnen regelmäßig nur als solche, nicht als Missethat gegen die Allgemeinheit betrachtet.[158]) Die Rechtsordnung entzog dem Thäter seinen Frieden im Verhältniß zu dem Verletzten, machte ihn relativ friedlos und ließ der Rache in Form der, freilich nicht völlig der subjektiven Willkür anheimgegebenen, sondern in Bezug auf Art und Umfang der Ausübung gewissen Regeln unterliegenden Fehde ihren Lauf.[159])

Die Rache verschaffte dem Verletzten in erster Linie diejenige Genugthuung, welche ihm nach dem oben Gesagten später die Strafe gewährt; das Gefühl, daß an dem Thäter Vergeltung geübt wurde, seiner Ueberhebung die Demüthigung folgte, hob die durch die Missethat erregte Empörung wieder auf.

Daß daneben der Verletzte auch aus der Habe des Thäters, die von der Friedlosigkeit mitbetroffen wurde, sich schadlos hielt, also Selbsthülfe i. e. S. übte, und daß dies neben der Rache zu seiner Beschwichtigung beitrug, ist selbstverständlich.

Entschied über das Maß der Genugthuung bei der Fehde die Leidenschaft, so übernahm die Ueberlegung diese Funktion, wenn es zur Sühne kommen sollte. Der Verletzte forderte oder der Thäter bot, was den Rachedurst des ersteren beschwichtigen konnte; das Angebotene mußte, wenn es diesen Zweck erfüllen sollte, nach seiner Bedeutung für den Verletzten, wenn auch nicht in seiner äußeren Form dem entsprechen, was der Letztere sich durch Rache und Selbsthülfe verschafft haben würde: eine Demüthigung des Thäters und einen Vermögensvortheil für den Verletzten, letzteres auch da, wo

---

[157]) v. Holtzendorff Handbuch des deutschen Strafrechts I. §. 12 fg., 27 fg., v. Bar Handbuch des deutschen Strafrechts I. 4 fg., 21 fg., Kohler Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz 131 fg. und Nachtrag, Glasson a. a. O. III. 522 fg., Declareuil in der Nouvelle Revue historique du droit français XIII. 163, 171, 182 fg., Jhering Geist I. 124 fg., Schuldmoment 163 fg., Wilda Strafrecht der Germanen 156 fg., Brunner Deutsche Rechtsgeschichte I. 156 fg.

[158]) Böhlau Novae constitutiones domini Alberti Beil. VI. 68 fg.

[159]) Böhlau a. a. O. 60, Schröder a. a. O. 72 fg., Brunner Rechtsgeschichte I. 156 fg.

Digitized by Google

nach unserer feineren Empfindungsweise eine Vergütung des Schadens durch Geld nicht möglich ist. Dafür aber, daß nicht der Erwerbstrieb allein den Verletzten zur Sühne bestimmte, daß nicht ein einfaches Abkaufen der Rache vorlag, sondern daß das pönale Element, das in der Geldleistung liegende Eingeständniß des Unrechts, die Selbstbenachtheiligung des Thäters hinzukommen mußte, spricht nicht nur der verhältmißmäßig hohe sittliche Standpunkt der Germanen, sondern auch das Beispiel anderer, zum mindesten nicht höher stehender Völker, bei welchen dieser Bestandtheil der Sühneleistung noch in besonderen demüthigenden Formen derselben seinen Ausdruck finden mußte.[160])

Ueber die Art und Höhe der Leistung entschied ursprünglich das, allmälig wohl mehr und mehr von einer sich entwickelnden öffentlichen Meinung geleitete Ermessen des Einzelnen bez. seiner Sippe, später der Richter, wenn der Verletzte statt des Weges der Selbsthülfe den der Klage auf Strafe (Friedlosigkeit, sühnbare Acht) betrat, bis schließlich in den Volksrechten die gesetzliche Fixirung der Sühneleistung erfolgte und dem Verletzten (wenn er nicht zur Fehde schreiten wollte) ein Recht auf sie eingeräumt wurde, während nur im Falle der Thäter seiner Leistungspflicht nicht nachkam, Friedlosigkeit gegen ihn eintrat.[161]) An der viel erörterten[162]) Natur der Leistung hat sich dadurch nichts geändert. Die Buße „bessert" die Verletzung nur durch die Beibehaltung ihrer Doppelnatur, dadurch daß sie zugleich Strafe und Reparation im heutigen Sinne ist.

In der weiteren Entwickelung treten diese beiden Eigenschaften auch äußerlich hervor. Die „Blindheit der Leidenschaft", welche ur-

[160]) Ueber letzteres Kohler Shakespeare 135/7, 141/2 Anhang 19; zu dem vorhergehenden überhaupt vgl. Wilda a. a. O. 314 fg., 340, 370, 372, 551, Platner a. a. O. I. 55, Schröder a. a. O. 73/4, Brunner Rechtsgeschichte I. 161 fg., A. B. Schmidt Die Grundsätze über den Schadenersatz in den Volksrechten (in Gierke's Untersuchungen Heft 18) 6, 9, 11/2. Für das röm. Recht vgl. Ihering Geist I. 133 fg., 137 fg., Schuldmoment 173 fg.

[161]) Das Ergebniß der fränkischen Zeit, Schröder a. a. O. 331.

[162]) Vgl. außer den schon Genannten: Glasson a. a. O. II. 82, Hammer Die Lehre vom Schadenersatz nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen (in Gierke's Untersuchungen Heft 19) 97, Löning Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen I. 157/60, 303/4, 532, 534. Brunner Sitzungsbericht 828/9.

Digitized by Google

sprünglich den Unterschied zwischen absichtlicher und unabsichtlicher Verletzung nicht erkennen ließ, wich allmälig der Erkenntniß, daß bei Mangel der Absicht[163]) keine Mißachtung der Persönlichkeit und daher auch kein Grund zur Vergeltung dafür, zur Rache vorliege.

Ein Theil der Volksrechte versagt in diesen Fällen das Fehderecht, bezw. läßt das Friedensgeld fallen,[164]) ein anderer läßt, entsprechend dem geringeren Umfang der Verletzung, eine Herabsetzung der Bußsätze eintreten,[165]) es ist dies jedoch durchaus nicht gleichbedeutend mit einer Beschränkung der Haftbarkeit auf den Ersatz von Vermögensschaden, sondern bedeutet lediglich den Wegfall des pönalen, die Aufrechterhaltung des reiperfektorischen Theiles der Komposition, welcher die Reparation aller Wirkungen der Verletzung (nicht blos der vermögensrechtlichen) bezweckte, die nicht durch das Vorhandensein von dolus bedingt waren und welcher nach moderner Auffassung privatrechtlicher Natur war.[166])

Freilich zu allgemeiner Anerkennung und klarer Durchführung gelangte jene Unterscheidung noch nicht. Manche Rechte ignorirten sie und hielten auch bei unabsichtlichen Verletzungen die alten Bußsätze aufrecht,[167]) während andererseits die Unterscheidung von Strafe und Reparation besonders deutlich zu Tage tritt in jenen

[163]) Oder der Zurechenbarkeit, wie bei Delikten von Wahnsinnigen, Kindern, Thieren.

[164]) L. Fris. Add. Sap. III. 68 fg., L. Angl. et Werin., 51 fg., L. Rib. 46, 1 und 2; 70, 1, L. Sal. 24, 5. 36, L. Sax. 57, 59, Ed. Roth. 75, 138, 326, 387 Liutpr. 136. Vgl. auch Schröder a. a. O. §. 36 S. 345 und die in N. 84 Angef., Brunner Sitzungsbericht 828/9, Kohler Shakespeare 133/4, 139, 142, 146 fg. 153; für das altschwedische Recht: v. Amira Nordgermanisches Obligationenrecht I. Altschwedisches Obligationenrecht 375, 389 fg., 707 fg. Ueber das röm. Recht vgl. v. Ihering Schuldmoment 163 fg.

[165]) L. Sal. 36; L. Rib. 46, 1; L. Fris. Add. Sap. III. 68, Ed. Roth. 138, Liutpr. 136.

[166]) Vgl. hierüber: Platner a. a. O. II. 40 fg., Hepp Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts 118 fg., 167 fg., 171, A. B. Schmidt a. a. O. 13 fg., 33 fg., Hammer a. a. O. 15 fg., 26/28, 63, Wilda a. a. O. 314, 549, 551 fg., 556, 579 u. beson. Theil, Osenbrüggen Langobardisches Strafrecht 8, 32 fg., 36, Stobbe Handbuch des Deutschen Privatrechts III. (2. Aufl.) §. 200 Nr. 3, §. 203, Schröder a. a. O. 344/5, v. Amira a. a. O. 370/1, 376 fg., 389, 391, 707/8, 712/3.

[167]) Schröder a. a. O. 345 N. 86, Brunner Sitzungsbericht 828/9.

Digitized by Google

Bestimmungen zahlreicher Volksrechte, wonach wegen Diebstahls und Raubs der Thäter (außer Friedensgeld und der zweifelhaften dilatura) sowohl Buße als Kapitale, d. h. Rückgabe bezw. Ersatz des Entwendeten zu leisten hatte.[168]) Obwohl nach dem Vorhergehenden Strafe und Reparation im ältesten germanischen Recht in einer Leistung vereinigt waren, so trat dort schon früh das Gefühl ihrer Verschiedenheit ein. Reparation trat nicht nur ein für Vermögensbeschädigungen, sondern auch für Verletzung anderer Güter der verschiedensten Art; mehr wie die ersteren sind Verletzungen von Leben, Leib und Freiheit Gegenstand von Bußbestimmungen.

Wenn nun im Verlaufe der ferneren Rechtsentwickelung die Scheidung von Strafe und Reparation sich weiter vollzogen und die erstere aus der Privatstrafe mehr und mehr zur öffentlichen geworden ist und als solche die genugthuende Funktion der früheren Privatstrafe übernommen hat, so wäre dies kein Grund gewesen, die Reparationsverbindlichkeit auf den Ersatz von Vermögensschaden zu beschränken, die Vergütung anderen Schadens auszuschließen. Daß dies nach der Rezeption des römischen Rechts dennoch geschehen und dadurch wichtigen Gütern der Rechtsschutz entzogen worden ist, ist ein Mißstand, dessen Abstellung, wie die obigen Ausführungen ergeben, die öffentliche Meinung der Juristenwelt so übereinstimmend verlangt, daß nicht mehr das Ob, sondern nur noch das Wie einer Erörterung bedarf.

IV.

Nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich gehört zwar zum Wesen der Obligation ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers nicht; die Konsequenz, „daß bei Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein soll", wird aber in §. 221 ausdrücklich abgelehnt.[169]) Zur Begründung dieser Ablehnung bemerken die Motive:[170]) „Durch allgemeine Anerkennung

[168]) Schröder a. a. O. 337, Glasson III. 552 fg.; vgl. hierzu auch Löning Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft V. 560.

[169]) Motive II. 3, 21/2.

[170]) II. 22 fg.

Digitized by Google

eines Entschädigungsanspruches wegen Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Berathung der Civilprozeßordnung nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigiren. Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines andern als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzung gesichert und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeigneten Falles nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren.

Obwohl auch in der Doktrin die Stimmen für die Berücksichtigung nicht vermögensrechtlichen Schadens in Schädenprozessen sich mehren, sind doch die angeführten Bedenken überwiegend und ausschlaggebend gegen die Aufnahme einer allgemeinen und deshalb unbestimmten, für die meisten und größten Rechtsgebiete überdies zu einer einschneidenden Neuerung führenden Rechtsnorm, nach welcher eine durch das freie Ermessen des Richters zu bestimmende Entschädigung wegen deliktischer Verletzung eines anderen als eines Vermögensinteresses in Geld gefordert werden könnte. Dem Hauptbedürfnisse ist Genüge gethan durch die Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Buße und die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigenthums, sowie durch die von dem Entwurfe in besonders geeigneten Fällen ausnahmsweise gewährte rechtliche Möglichkeit eines Gelderſatzes für einen anderen als Vermögensschaden. Zu bemerken ist übrigens, daß der Entwurf nur den Anspruch auf Entschädigung abspricht, nicht den Ausspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (§. 219), wann und soweit dieser in den in Betracht kommenden Fällen praktisch werden kann."

Die Schutzbedürftigkeit der „sogenannten idealen Rechte", und zwar durch das Privatrecht, wird also anerkannt, der Schutz aber,

Digitized by Google

bis auf bestimmte einzelne Fälle, versagt wegen der Bedenklichkeit der dazu erforderlichen Souveränität des Richters und der darin liegenden einschneidenden Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechte. Was den letzteren Grund anbelangt, so wird er durch die Motive selbst aufgehoben, denn wenn man anerkennt, daß die sogenannten idealen Rechte des privatrechtlichen Schutzes bedürfen, so kann doch die bisherige Nichtgewährung desselben für eine Reformgesetzgebung kein Grund sein, ihn auch fernerhin zu versagen.

Für das erste Bedenken kann man allerdings die Auswüchse der französischen und der ihr folgenden Praxis anführen,[171]) und der Revisionsrichter könnte dem nur dann begegnen, wenn der rechtliche Begriff des Schadens verkannt wurde; aber es ist dagegen schon mehrfach und mit Recht bemerkt worden, daß der Strafrichter ein viel eingreifenderes, nicht blos das Vermögen berührendes, vom Revisionsrichter ebenso wenig zu berichtigendes Ermessen ausübt, ohne größere Sicherheit für die Richtigkeit seines Urtheils zu bieten als der Civilrichter. Indessen, auch abgesehen hiervon — sollte wirklich zu befürchten sein, daß der bisher wegen seiner Aengstlichkeit, Kleinlichkeit und Engherzigkeit in Entschädigungsprozessen von allen Seiten angefochtene deutsche Richter in Zukunft in das entgegengesetzte Extrem verfallen und Geldentschädigung auch da zuerkennen werde, wo durch Geld nichts zu repariren ist? Gegen diese, an sich schon höchst unwahrscheinliche Möglichkeit sprechen entschieden die bisher mit der Zuerkennung der reichsgesetzlichen Bußen gemachten Erfahrungen; hier ist eher zu wenig als zu viel geschehen. Je ferner nun die Möglichkeit des Mißbrauchs liegt, um so weniger kann sie einen ausreichenden Grund bilden, Gütern, welche des privatrechtlichen Schutzes anerkanntermaßen fähig und bedürftig sind, denselben auch in Zukunft zu versagen.

Wir befürworten deshalb die Umkehrung der Bestimmung des §. 221 dahin, daß als Regel Entschädigung auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens[172]) gefordert werden

[171]) Vgl. auch Hartmann im Civ.-Archiv Bd. 73 S. 364.

[172]) Der Ausdruck „Schaden" wurde niemals auf Verletzungen des Vermögens oder auch nur äußerer Güter beschränkt. Vgl. für das ältere Recht v. Amira a. a. O. 368/9, Hammer a. a. O. 1. Auch Luther spricht von „Schaden an seiner Seele" (Math. 16, 26). Es darf daher auch der Ausdruck „Entschädigung"

Digitized by Google

kann;[173]) vermag man von der Befürchtung, daß die deutschen Gerichte sich auch zur Zuerkennung von Geldvergütung wegen Verletzung idealer, durch Geld irreparabler Interessen verleiten lassen möchten, nicht loszukommen, so läßt sich dieser Gefahr wohl vorbeugen durch eine Fassung des Gesetzes dahin,[174]) daß nur wegen solchen nichtökonomischen Schadens eine Geldzuerkennung zulässig ist, der seiner Natur nach durch Gewährung eines Geldvortheils an den Beschädigten auch wirklich wieder gut zu machen ist; stets sollte auch eine gewisse Erheblichkeit derartigen Schadens Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs bilden.

Die Entscheidung über das Vorhandensein eines Schadens, die Angemessenheit, Art und Höhe einer Entschädigung muß dem freien richterlichen Ermessen überlassen bleiben, welchem auch die Berücksichtigung des Grades der Verschuldung[175]) und der Vermögensverhältnisse des Thäters gestattet sein sollte.[176])

Auch wenn diese Wünsche bei der Umarbeitung des Entwurfs Berücksichtigung fänden, so würden immer noch wichtige Lebensgüter, nämlich die oben unter der Bezeichnung „ideale Interessen" zusammengefaßten, ohne privatrechtlichen Schutz bleiben. Wir haben oben gesehen, daß für sie die Hülfe des Strafrechts angerufen werden muß, und in der That sind die wichtigsten dieser Güter durch das Strafrecht geschützt. Der Gedanke, daß Lücken durch Wiedereinführung angemessener (eventuell in eine andere Strafart umzu-

in entsprechend weitem Sinne verwendet werden. Anders „Schadenersatz" Degenkolb a. a. O. 22 fg.

[173]) Bedenken gegen die Zusammenfassung ökonomischen und nichtökonomischen Schadens äußert Degenkolb a. a. O. 23; sie erledigen sich aber wohl, wenn kein Zweifel bleibt, daß die Vergütung nichtökonomischen Schadens nicht unter den Begriff des Schadenersatzes fällt, sondern daß erstere und letzterer nur Unterarten des weiteren Begriffs der „Entschädigung" bilden.

[174]) Ob diese Bestimmung in Tit. I des ersten oder in Tit. I des dritten Abschnittes unterzubringen ist, hängt davon ab, ob die gleiche Regel auch auf Vertragsverhältnisse Anwendung finden soll, was wünschenswerth, wenn auch weniger dringlich ist.

[175]) Die Frage, ob nicht das „Verschuldungsprinzip" durch das „Verursachungsprinzip" ersetzt werden sollte, bleibe hier dahingestellt.

[176]) Sollte hierdurch auch ein pönales Element beigemischt werden, so bildet dies, die Gerechtigkeit einer derartigen Vorschrift vorausgesetzt, kein Hinderniß für ihre Aufnahme in ein Civilgesetzbuch.

Digitized by Google

wandelnder) Privatgeldstrafen auszufüllen wären und daß die einfache Abschaffung der früheren Privatstrafen statt ihrer Fortbildung nicht ein Fortschritt, sondern ein Rückschritt der Rechtsentwickelung war, soll hier nur angedeutet und vielleicht bei anderer Gelegenheit näher ausgeführt werden. Er wird von der Ungeheuerlichkeit, die er vielleicht auf den ersten Anblick hat, verlieren, wenn wir uns erinnern, wie reichlich von Privatstrafen in der englischen und amerikanischen und, wenn auch nicht dem Namen, so doch, für unsere Auffassung, der Sache nach, in der französischen Jurisprudenz Gebrauch gemacht wird.[177]) Für die Frage, ob die dem Privatstrafanspruch entsprechende Leistung an den Verletzten oder an sonstwen zu machen ist, wird die Erwägung in Betracht kommen, daß die Leistung an den Gegner regelmäßig die Demüthigung des Thäters erhöhen, von ihm als ein härteres Uebel empfunden werden wird.

Der Abschnitt des Entwurfs über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen hat so viele, überwiegend berechtigte Angriffe erfahren,[178]) daß man auf seine Umarbeitung wohl rechnen darf. Es wäre schon ein Fortschritt, wenn es dabei gelänge, das Schweizerische Obligationenrecht in gesunden, praktischen Gedanken und Einfachheit und Verständlichkeit der Form zu erreichen.

Nachtrag.

Amerikanische Literatur ist dem Verfasser verspätet zugekommen und zwar nur die Sammlung von Leading Cases von Henry Dwight Sedgwick.[1]) Danach folgt in der vorliegenden Frage die amerikanische Jurisprudenz im Wesentlichen den gleichen Grundsätzen wie die englische, sie gewährt Damages auch für nichtökonomischen Schaden und unterscheidet ebenfalls nominal und substantial,

[177]) Nämlich von unserem Standpunkte aus in allen denjenigen Fällen, in welchen wegen reiner Verletzung idealer Interessen eine sog. Geldentschädigung zu erkannt wird.

[178]) Vergl. außer den schon Genannten Fels a. a. O.

[1]) A Selection of American and English Cases on the Measure of Damages. New York 1878. Denselben Gegenstand behandelt T. Sedgwick Treatise on the Measure of Damages 2 vols. 7 ed. (?) New York 1880.

Digitized by Google

actual und exemplary damages. So geht der Supreme Court der United States in einer Entscheidung von 1866[2]) von dem Grundsatze aus, daß der durch einen Eisenbahnunfall Verletzte Anspruch hat auf „Compensation for the pain and anguish of body and mind . . . . for the loss of time and care in business or the permanent injury to health and body".

In einem ähnlichen Falle entschied der Supreme Judical Court von New-Hampshire[3]) 1869: „Plaintiff is to have a reasonable satisfaction . . . . for actual suffering both of the body and mind, which are shown to be the immediate and necessary consequences of the injury wrongfully received. Also exemplary damages may sometimes be recovered in this form of action, embracing cases of gross negligence". In letzterer Beziehung ist bemerkenswerth eine Entscheidung des Supreme Court von New-York 1844[4]) in folgendem Falle: Nachdem der Thäter wegen „assault and battery"[5]) strafgerichtlich zu einer Geldstrafe von 250 Dollars verurtheilt worden war, erhob die Verletzte wegen des gleichen Delikts eine Entschädigungsklage im Zivilwege; der Beklagte bestritt jeden weiteren Anspruch als den auf actual damages, weil der auf vindicative (exemplary) damages durch seine kriminelle Verurtheilung ausgeschlossen sei. Der Unterrichter entschied: „That the jury were not prevented by the criminal proceedings from giving exemplary damages, if they thought proper, but that they might consider the fine and its payment in determining the amount of their verdict." Die Jury erkannte hierauf der Klägerin den Betrag von 550 Dollars zu. Der Supreme Court billigte diese Entscheidung, mit Ausnahme der zugelassenen Milderung, unter Berufung auf eine feststehende Praxis: „In vindictive actions . . . . jurors are always authorized to give exemplary damages where the injury is attended with circumstances of aggravation; and the rule is laid down without the qualification that we are to regard either the possible or the actual punishment of the defendant . . . . we concede that smart money allowed by a jury,

[2]) Railroad Company c. Barron, H. D. Sedgwick S. 803.
[3]) Holyoke c. Grand Trunk R. Co., H. D. Sedgwick S. 703.
[4]) Cook c. Ellis, H. D. Sedgwick S. 741.
[5]) „with intent to have carnal connection" mit der Klägerin.

Digitized by Google

and a fine imposed at the suit of the people, depend on the same principle. Both are penal, and intended to deter others from the commission of the like crime. The former, however, becomes incidentally compensatory for damages, and at the same time, answers the purposes of punishment." Das Schmerzensgeld sei also eine (Privat-) Strafe, welche nebenbei die Wirkung einer Entschädigung habe; die vorherige kriminelle Bestrafung, heißt es weiter, sei weder ein Grund des Ausschlusses noch der Herabsetzung der Damages, es sei vielmehr Sache der Kriminalgerichte, eine doppelte Bestrafung zu verhüten, indem sie, wenn der Verletzte sich nicht zum Verzicht auf seine Zivilklage verstehe, entweder „a fine merely nominal" aussprechen, oder zunächst die Vornahme eines Sühneversuchs über den Zivilanspruch anordnen und bis zu dessen Erledigung das Kriminalverfahren einstellen. Aehnlich pflegten die englischen Gerichte in solchen Fällen, wenn der Verletzte ein Kriminalverfahren beantrage, dessen Einleitung von der Bedingung des Verzichts auf zivilrechtliche Verfolgung abhängig zu machen: „Indeed, so common has this become, that the very application by the party is said to be considered as an implied stipulation not to bring a private suit."

In einem englischen Falle, in welchem es unterlassen worden war, jene Bedingung zu stellen, wurden auf die Zivilklage zwar Damages zuerkannt, aber „for one farthing only", weil die Partei schon „his full compensation" erhalten habe.[6])

In einem New-Hampshirer Falle[7]) wurde ausgesprochen, daß „in an action of tort, it is incorrect for the jury to separate what is called actual from what is called exemplary damage. Exemplary damages are the whole damage, estimated by the more liberal rule which obtains in the case of a malicious wrong".

Für die Behandlung der aus dem Tode einer Person entstehenden Entschädigungsansprüche ist bezeichnend die Entscheidung eines Falls, in welchem durch einen Eisenbahnunfall eine Mutter von 5 Kindern im Alter von 9 bis zu 23 Jahren getödtet worden war. Das Gericht[8]) sprach aus, die Jury solle bei Bemessung der

[6]) H. D. Sedgwick S. 743.

[7]) H D. Sedgwick S. 743.

[8]) Court of Appeals, New-York; Tilley c. The Hudson River R. R. Co. 1864. H. D. Sedgwick S. 796.

Digitized by Google

damages u. A. in Betracht ziehen: „the loss which the children had sustained in reference to their mothers nurture, intellectual, moral and physical training, and of such instruction as can only proceed from a mother, and as they would otherwise have required at her hands . . . . That in estimating the pecuniary damages the jury should consider the age of the mother, her physical and mental capabilities, her capacity for business, the ages of her children, and the fact that at the time of her decease she and her children were residing together as a family."

Breach of a promise of marriage begründet, wie in England, eine Entschädigungsklage. Bei Hinzutritt von „seduction" entschied der Supreme Judical Court von Massachussets,[9]) daß, wenn auch eine Klage aus Verführung unzulässig sei, weil die beschädigende Handlung, der geschlechtliche Umgang, ein gemeinschaftliches Delikt sei, welches mit Zustimmung der Geschwängerten begangen wurde, so könne die Verführung doch von der Jury in Betracht gezogen werden bei Bemessung der damages wegen Bruchs eines Heirathsversprechens „as tending to increase the mortification and distress."

Aehnlich entschied der Court of Appeals von New-York;[10]) in diesem Falle wurde auch die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Beklagten bei Bemessung der Entschädigung für zulässig erklärt „as going to show what would have been the station of the plaintiff in society if the promise had not been broken... His means might have relieved her from labor, or placed her in a condition of comfort and independence which she would not have otherwise enjoyed." Ja, wenn der Beklagte zur Rechtfertigung seines Rücktritts sich auf den schlechten Lebenswandel der Klägerin, insbesondere auf ihren Umgang mit anderen Männern berufe, ohne dies aber beweisen zu können, so erhöhe dies seine Entschädigungspflicht. Ebenso entschied der Court of Appeals von New-York 1870 (Thorn c. Knapp. H. D. Sedgwick S. 766 und das dort angeführte Urtheil Southard c. Rexford von 1826.)

[9]) 1869. Sherman c. Rawson. H. D. Sedgwick S. 757.
[10]) 1864. Kniffen c. Mc. Connell. H. D. Sedgwick S. 760.

Digitized by Google

Literatur.

V.

Neue handelsrechtliche Literatur.*)

Von **U. Ring.**

Das System des Handelsrechts von L. Goldschmidt[1]) liegt in dritter Auflage vor. Die Entstehungsgeschichte des Buches ist bekannt: Die Schrift, in erster Auflage nur 62 Seiten stark, und lediglich System mit Quellen- und Literaturangabe enthaltend, war als Grundlage für den akademischen Vortrag gedacht. Das Erscheinen des Grundrisses im Buchhandel steckte dem Verfasser erfreulicherweise allmälig immer weitere Ziele. Schon die zweite Auflage brachte eine beträchtliche Zahl von Ausführungen aus dem Gesammtgebiete des Handelsrechts und seiner Spezialzweige. In der nunmehr erschienenen Auflage sind vier weitere Darlegungen hinzugetreten, und zwar gerade über besonders wichtige Institute. Es wird Allgemeines über die Handelsgesellschaft, insbesondere deren Rechtsnatur gegeben: Die offene Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft einschließlich derjenigen auf Aktien sind als wahre Sozietäten, die Aktiengesellschaft und die Erwerbsgenossenschaft als wahre juristische Personen (Korporationen) erkannt. Dabei wird maßgebender Werth auf die naturalen Unterscheidungsmerkmale gelegt, nach welchen die Korporation normalerweise auf einen unbestimmten wechselnden Personenkreis, die Sozietät auf einen begrenzten Kreis individuell bestimmter Personen angelegt ist, und die Korporation eine, die Ermittelung des Vereinswillens und ein Handeln für die nur gedachte Person ermöglichende Organisation hat, während die Sozietät solcher Organisation nicht bedarf, ohne sie auszuschließen. Der fruchtbare Gedanke der Zusammenfassung der Mehrheitsverbände zu einer

*) Vgl. Bd. 4 S. 392, Bd. 5 S. 150.

[1]) L. Goldschmidt, System des Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, See- und Versicherungsrechts im Grundriß. Dritte verbesserte und durch Einzelausführungen vermehrte Auflage. Stuttgart 1891. Ferdinand Enke. VIII u. 277 S.

Digitized by Google

Rechtsgruppe ist besonders hervorzuheben. Weiter sind die Rechte der Aktionäre der Betrachtung unterzogen. In dem Aktienrecht, einem eigenthümlichen korporativen Privatrecht, werden zwei Klassen von Befugnissen, das Mitverwaltungsrecht und die Einzelrechte gefunden, letztere in korporative Forderungsrechte (Recht auf Dividende und auf Vermögensauftheilung) und korporative positive oder negative Hülfsrechte gegen den Verein gesondert. Von dem Aktienrecht (Mitgliedschaftsrecht) sind alsdann die Sonderrechte, welche nur einzelnen Aktionären oder einzelnen Klassen von solchen zustehen, und die gemeinen Rechte, welche zwar Aktionären, aber nur zufällig gleich Dritten gebühren, getrennt. Damit ist die Grundlage für eine zutreffende Beurtheilung der schwierigsten Materie des Aktienrechts gewonnen. Besonders ausführlich sind sodann die „Skriptur-Rechte", die rechtliche Natur der vollkommenen Order- und Inhaberpapiere erörtert: Der Inhalt des beurkundeten Rechts bestimmt sich nur nach dem Wortlaute der Schrift. Das skripturmäßige Recht entsteht durch Geben und Nehmen des Papiers (Vertragstheorie). Der Rechtsübergang vollzieht sich in sachenrechtlicher Form. Das Recht aus dem Papier knüpft sich ausschließlich an das Eigenthum des Papiers; die Legitimation (der Rechtsausweis) an die Detention. Hinsichtlich des späteren Eigenthümers findet eine successive Originärbildung des skripturmäßigen Rechts durch Eigenthumserwerb des Papiers statt. Es ist endlich die rechtliche Natur der Personenversicherung behandelt, welche nach der assekuranztechnischen, wirthschaftlichen und juristischen Seite als wahre Versicherung gefaßt wird.

Die völlig maßgebende Bedeutung des Verfassers auf dem Gebiete des Handelsrechts sichert auch dem „System" weitesten Einfluß.

Die Kommentirung des Handelsgesetzbuchs hat seit langer Zeit geruht. Der Kommentar von v. Hahn blieb bisher der einzig wissenschaftliche des Gesetzes, gleich entfernt von mechanischer Zusammenstellung, wie von der bloßen Glosse des einzelnen Artikels. Die Bearbeitung von Anschütz und v. Völderndorff war auf die Bedürfnisse der Praxis berechnet. Auch wo der Theoretiker (Anschütz) sprach, blieb die Neigung zur Belehrung der Menge mittels kasuistischer Erörterung unverkennbar. Das Verdienst Puchelt's war die „geschickte Sammlung von Aphorismen, Erläuterungen und Rechtssprüchen" von der Hand eines gewiegten Praktikers (Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. 23 S. 317). Das nicht umfangreiche Buch von Kenßner gab durch gedrängte Darstellung der praktischen Fragen, der sie betreffenden Literatur und Rechtsprechung neben v. Hahn das werthvollste Hülfsmittel für die mit der Rechtsanwendung befaßten Personen.

Nunmehr wird eine ganze Anzahl von Bearbeitungen des Handelsgesetzbuchs geboten, theils des gesammten, theils des durch das Aktiengesetz geänderten Theiles. Von den älteren die Erläuterung Makower's in 10. Auflage.[2]) Die Vorzüge und Mängel des Werkes liegen klar. Seine Vorzüge:

---

[2]) H. Makower, Rechtsanwalt und Notar. Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Mit Kommentar herausgegeben. Zehnte, vermehrte und

Digitized by Google

Die Reichhaltigkeit und Uebersichtlichkeit des Inhalts, welcher sich auf die mit dem Handelsgesetzbuch in Zusammenhang stehenden Gesetze, Verordnungen, Verfügungen erstreckt. Seine Mängel: Das Nachtragesystem, welches nicht zur systematischen Umgestaltung, sondern zur mechanischen Anfügung kommt, die Sparsamkeit in der Ausnutzung der Literatur, der Mangel kritischer Verarbeitung des Materials. Der Verfasser könnte sein Werk bei Umarbeitung auf die Höhe heutiger Ansprüche bringen. Er wäre der Verbreitung desselben solche Umarbeitung schuldig.

Der Kommentar von Gareis und Fuchsberger[3]) stellt sich eine große Aufgabe. Er will verwerthen, was bisher verwerthet ist, und mehr als dies: Die gesammte neuere und neueste Literatur, diejenige des In- und Auslandes, die dogmatische und die geschichtliche, die Gedanken, welche de lege lata und diejenigen, welche de lege ferenda laut geworden sind. Auch die Rechtsvergleichung ist als Interpretationsmittel herangezogen. Das ist sicherlich eine beachtenswerthe Neuerung. Und es muß anerkannt werden, daß das Buch hier das Mögliche leistet. Vielleicht wäre weniger für die Zwecke des Kommentars mehr gewesen. Zutreffend betonen die Verfasser, daß der Kommentar eine Brücke bilden solle zwischen Theorie und Praxis. Aber darum darf noch nicht der ganze Stoff, dessen die Theorie benöthigt, für diese Brücke verwendet werden. Was dort stützt, belastet hier. Wer so von Grund aus sich mit dem Firmenrechte zu befassen hat, daß er auf die italienischen Bankfirmen des 15. und 16. Jahrhunderts zurückgehen muß, der bedarf des Kommentars nicht und greift nicht zu ihm. Aber soweit die Verwerthung der modernen Literatur diesseits nachgeprüft worden, und dies ist wenigstens bei einem beträchtlichen Theile des Werkes genau geschehen, kann der Gründlichkeit und Präzision, mit welcher die Verfasser vorgegangen sind, nur volles Lob gespendet werden. Die Eigenart des Werkes, welches, fast ist zu sagen in der Verkleidung des Kommentars, die Theorie der Praxis darbringt, äußert sich insbesondere in dem Theile, welcher von den Aktienvereinigungen handelt. Hier ist die Legalordnung völlig verlassen: es ist eine systematische Darstellung des Aktienrechts versucht. Gerade diese erscheint als mit besonderer Sorgfalt und Neigung ausgearbeitet. Aber so Gutes hier geleistet worden: innerhalb des Kommentars hat die Darstellung keinen Raum. Sie ist ein Buch im Buche. Um den äußeren Zusammenhang mit der Kommentarform zu wahren, haben die Verfasser dann an — wie es scheint — beliebiger Stelle die Artikel des Aktiengesetzes eingestreut, so daß beispiels-

---

verbesserte Auflage. Berlin 1890. J. Guttentag (D. Collin). XXIV und 1080 S.

[3]) Dr. Carl Gareis, ord. Professor der Rechte an der Universität Königsberg i. Pr. und Otto Fuchsberger, Kgl. bayer. Landgerichtsrath in Baireuth, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch nebst den sich daran schließenden Reichsgesetzen herausgegeben und durch Anmerkungen und Auszüge aus der Literatur und Rechtsprechung erläutert. Berlin 1891. J. Guttentag. XV und 1272 S.

Digitized by Google

weise unter der Berufung der Generalversammlung von dem Veräußerungsverbote hinsichtlich des Antheils des Komplementärs, hinter dem Verbote des Erwerbs eigener Aktien von dem Konkurse gehandelt ist. Notizen unter den einzelnen Artikeln verweisen alsdann auf die Stellen, an welchen die Materie gefunden werden kann. Soll so vorgegangen werden, warum nicht überhaupt? Es braucht nur das H.-G.-B. abgedruckt und unter jedem Artikel vermerkt zu werden, wo in der darauf folgenden systematischen Darstellung dessen Erläuterung zu finden ist. Sicherlich geht das an; aber dann ist kein Kommentar gegeben und dann verwirrt das Durcheinanderfahren von Text des einen und Anmerkung des anderen Artikels nicht. An anderen Stellen, an welchen das gleiche Verfahren beobachtet ist, wirkt die Eigenheit wegen des geringeren Umfangs der Materie nicht in gleicher Schärfe. Ein unbedingter Vorzug des Kommentars ist die Zusammenfassung der wesentlichsten Grundsätze an der Spitze einzelner Abschnitte. Hier hat auch die historische und kritische Betrachtungsweise ihre volle Berechtigung. Diese Bemerkungen sollen, darauf sei wiederholt hingewiesen, den Werth des Gebotenen nicht verkleinern. Es liegt eine durchaus gründliche, tüchtige Arbeit vor, deren Eigenheiten die Benutzung erschweren, aber sie nirgends bedauern lassen.

Ganz anders tritt der Kommentar von Staub[4]) in die Erscheinung. Die ersten beiden Lieferungen bringen auf 192 Seiten bereits die Erläuterungen bis zu Art. 127. Alles ist kurz und klar gesagt: freilich überwiegt das Axiom die Ergebnisse einer Gedankenkette. Dies ist aber gerade von dem Verfasser beabsichtigt: er will sein Buch nicht überlasten weder mit eingehenden Literaturangaben, noch mit der Begründung jedes Satzes. Der Erfolg ist ein frappanter. Durch geschickte Ausnutzung verschiedener Druckarten tritt hervor, wie sich das H.-G.-B. für die Rechtsanwendung gestaltet. Prüfung in Einzelheiten ergiebt, daß der Verfasser die einschlägige Materie vollkommen beherrscht. Wo er nicht mehr giebt, ist auch die Unterlassung wohl erwogen. Durch praktische Beispiele wird eine seltene Anschaulichkeit erzielt. Das Programm des Verfassers ist „wissenschaftlich und praktisch, kurz und vollständig zugleich." Praktisch, kurz und vollständig ist sein Buch. Wissenschaftlich insofern, als es von der Wissenschaft genommen hat; schwerlich auch so, daß es der Wissenschaft giebt.

Von den Kommentaren zum Aktiengesetz liegt, als Supplement zu Puchelt's H.-G.-B., die Erläuterung von Petersen und v. Pechmann[5]) neu vor.

[4]) Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1891. J. J. Heine's Verlag. Bisher 2 Lief. 192 S.

[5]) Dr. Julius Petersen, Reichsgerichtsrath in Leipzig, und Wilhelm Freiherr von Pechmann, Rechtskonsulent der Bayerischen Handelsbank in München, Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Vom 18. Juli 1884. Erläutert. Leipzig (1887—) 1890. Roßberg'sche Buchhandlung. XVIII und 688 S.

Digitized by Google

Die Verfasser glauben in einer Vorrede auf einzelne unfreundliche Besprechungen ihres in Lieferungen erschienenen Werkes zurückkommen zu sollen. Die eingehende Beschäftigung mit dem Buche muß die Berechtigung dieser Kritiken in das hellste Licht stellen. Was dem Werke nachzurühmen, ist eine recht übersichtliche Darstellung, eine peinlich genaue und offene Benutzung alles dessen, was vordem über das Aktiengesetz geschrieben worden ist. Im Uebrigen stehen der Erläuterung erhebliche Bedenken entgegen. Der polemische Charakter der Darstellung mag übersehen werden. Solches Vorgehen ist Sache des persönlichen Geschmacks. Aber was entschieden nicht zugelassen werden darf, ist das unaufhörliche, bewußte und unbewußte Schwanken zwischen den verschiedensten Auslegungen derselben Materie. Die Meinung, daß die niedrige Aktie Stimmrecht gleich der hohen gewähre, ist nachträglich berichtigt (S. 35, 422). Auch die weitere, daß der Interimsschein kein Stimmrecht gebe, hat später Besserung erfahren (S. 17, 422). Die mit Ausfällen gegen abweichende Erklärung vertretene Auffassung, nach welcher „Errichtung der Gesellschaft" in Art. 180e „Eintragung des Gesellschaftsvertrags in das Handelsregister" bedeutet, mußte selbstverständlich im Verlaufe der Arbeit zurückgenommen werden (S. 103, 383). Anfänglich ist gesagt, es sei unmöglich, ohne Erhöhung des Grundkapitals Prioritätsaktien zu schaffen; später ist dies bei Zustimmung aller Aktionäre für zulässig erklärt; nach dritter Ausführung können unter Abänderung des Gesellschaftsvertrags Aktien mit Vorrechten begabt werden (S. 114, 389, 339). Die statutarische Anordnung älterer Gesellschaften, daß Aktionäre nicht Zutritt zur Generalversammlung haben, wird zuerst für weiterbestehend, dann für aufgehoben erklärt (S. 228, 639 fg.). So geht die Liste fort. Wer die wahre Meinung der Verfasser ergründen will, muß das Register der Berichtigungen dahin befragen, ob er sie nicht verkennt. Zu den bewußten Widersprüchen treten die unbewußten. Hier heißt es, mit der Zulassung eines Rechtsnachfolgers in der Errichtungsversammlung erlösche die Haftung des Zeichners, dort wird das Gegentheil vertreten (S. 65, 370). Bald wird mit Recht unter eingehender Bekämpfung von Kayser Anm. 16 zu Art. 209 gesagt, daß das Handelsgericht seine Veröffentlichungen nur in den von ihm bestimmten Blättern vorzunehmen habe, „im Reichsanzeiger nur dann, wenn derselbe zu diesen gehört"; bald wieder „auch die vom Handelsgerichte ausgehenden Bekanntmachungen sind in den deutschen Reichsanzeiger einzurücken" unter Bezugnahme auf Kayser Anm. 16 zu Art. 209 (S. 79, 338). Die wichtige Frage, ob ältere Gesellschaften im Falle der Kapitalsminderung durch Herabsetzung die Nennbeträge des Gesetzes (1000 Mark) zu wahren haben, wird an etlichen Orten bejaht, an einem verneint (S. 22, 294, 637 gegen 329) ꝛc. Das Streben nach wissenschaftlicher Wahrheit ist sicherlich anzuerkennen. Aber das Urtheil über solche klarliegenden, anderweit behandelten Streitpunkte muß feststehen, bevor ein Buch geschrieben wird. Eine Ueberlegung von Seite zu Seite ist unstatthaft. Der aus der Tendenz des Aktiengesetzes als einer verschärfenden Reformordnung gewonnene Satz, daß im Zweifel für die strengere Auslegung zu entscheiden sei (S. XVIII), hat be-

Digitized by Google

reits anderweit Würdigung erfahren. Vgl. Simon in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 36 S. 354 fg. Die in dieser Hinsicht und sonst versuchte Antikritik ist, zumal in der gewählten Form (S. 534), bisher wenig üblich gewesen. Die Mängel des Buches schließen bei der Reichhaltigkeit des Gebotenen nicht aus, daß von demselben bei vorsichtiger Benutzung Gewinn zu ziehen ist.

Das Aktiengesetz von Kayser[6]) wird in zweiter Auflage gegeben. Die Sammlung und Sichtung des Materials ist durch den Amtsrichter Dr. Schück in Frankfurt a. M. mitbewirkt worden. Das Ergebniß ist ein sehr gelungenes. Die Stellung des Verfassers zu dem Gesetz ist bekannt: Derselbe ist in ganz hervorragender Weise bei dessen Herstellung betheiligt gewesen. Hierin lag Stärke und Schwäche der ersten Auflage. Die Meinung der Gesetzesbearbeiter trat, von den rhetorischen Zuthaten der Begründung losgelöst, mit Schärfe und Klarheit hervor (Busch, Archiv Bd. 46 S. 230). Aber die Beurtheilung des entstandenen Rechtes stand der Darstellung des gewollten nach. Hierin ist in der zweiten Auflage ein bedeutender Fortschritt erzielt. Durch eingehende Benutzung anderweiter Auffassung, durch sorgfältige Heranziehung der Rechtsprechung ist in knapper Form eine erschöpfende Uebersicht über das geltende Aktienrecht gewonnen. Daß freilich die Motive des Gesetzes die Grundlage bieten, mitunter sicherlich zu Unrecht (S. 110 Anm. 2), bleibt verständlich. Aber auch hier ist in wichtigen Punkten ein Wandel eingetreten (z. B. S. 117 Anm. 2). Der Druckfehler im Gesetzestext S. 8 „den Betrag für welchen die Ausgabe der Aktien stattfindet" statt der Aktie ist bemerkenswerth, weil gerade er den Zweifel mit lösen würde, ob die Ausgabe nur zu einem oder zu verschiedenen Kursen statthaft ist.

Die Erläuterung von Esser[7]) liegt in fünfter Auflage vor. Aus den 166 Seiten des ursprünglichen Buches sind 264 geworden. Der Erfolg ist ein verständlicher und wohlberechtigter. Der Verfasser ist im eminenten Sinne Aktienrechtspraktiker. Er kennt die Bedürfnisse des Handelsstandes und rechnet mit ihnen. Wo es sich um konstruktive Fragen handelt, ist er sparsam, vielleicht zu sehr: denn die grundlegende Auffassung ist schließlich auch in wenigen Worten klarzustellen. Wo es aber die Unterweisung der mit der Anwendung des Aktienrechts betrauten Personen gilt, ist in ausführlicher Weise nicht nur Altes zusammengestellt, sondern auch Neues geboten. Ueberall tritt eine gesunde Auffassung hervor, welche das Gesetz den Verkehrserscheinungen anpaßt,

---

[6]) Dr. Paul Kayser, Geheimer Legationsrath und Dirigent der Kolonial-Abtheilung des Auswärtigen Amts, Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Mit Erläuterungen. Zweite, verbesserte und vermehrte Auflage. Berlin 1891. H. W. Müller. VIII und 212 S.

[7]) Robert Esser II, Justizrath zu Köln, Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Erläutert. Fünfte erheblich vermehrte Auflage. Berlin 1891. Julius Springer. VIII und 264 S.

Digitized by Google

nicht diese einer immerhin oft zweifelhaften Auslegung zu unterwerfen sucht. Die mit besonderer Sorgfalt behandelte Frage, ob einfache Mehrheit absolute oder relative sei, wird ihrer Entscheidung auf dem eingeschlagenen Wege nicht näher gebracht. Hier ist zu untersuchen, wie die Lage zur Zeit des Preußischen Aktiengesetzes vom 9. November 1843 war, welches den Ausdruck in die Gesetzessprache einführte. In den Erläuterungen über die Bilanz kommt nunmehr auch H. V. Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften (Berlin 1886), zu seinem Rechte: freilich nach diesseitiger Auffassung nicht genug.

Angeschlossen sei diesen Besprechungen der Hinweis auf die neuesten Veröffentlichungen des Comité de législation étrangère. Die collection des principaux codes étrangers hat einen stattlichen Umfang erreicht. Es sind von deutschen Gesetzen das H.-G.-B nebst W.-O., das G.-V.-G., die C.-P.-O und St.-P.-O. erschienen; dazu die St.-G.-B. der Niederlande, für Ungarn und Italien, die St.-P.-O. für Oesterreich, Verfassungsgesetze der Vereinigten Staaten von Nordamerika, das englische Bankeruttgesetz und eine Sammlung von Gesetzen über schriftstellerisches und künstlerisches Eigenthum. Als in Vorbereitung befindlich wird u. A. die deutsche K.-O. angezeigt. Gegenwärtig liegen das portugiesische H.-G.-B. von 1888 und das bürgerliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1887 vor.[8]) [9]) Beide Werke, von Ernest Lehr herausgegeben, lassen einer die wesentlichsten Gesichtspunkte hervorkehrenden Einleitung und Literaturübersicht den Text mit kurzen und vereinzelten Anmerkungen folgen, namentlich solchen vergleichender Art. Die Einleitungen sind wissenschaftliche Arbeiten von zumal historisch hervorragender Bedeutung. Die äußere Ausstattung der Werke ist eine solche, wie sie deutschen Büchern kaum zu Theil wird. Auf die Bedeutung derartiger Erscheinungen braucht nur hingewiesen zu werden. Sie sind freilich nur möglich, wenn sie, wie in Frankreich, als „imprimé aux frais de l'État, sur l'ordre de M. le Garde de sceaux" auftreten. Auch an dieser Stelle sei, wie dies bereits anderwärts geschehen (Zeitschr. f. Civilprozeß Bd. 13 S. 445 fg.), der Frage Ausdruck gegeben, ob es so unmöglich ist, daß auch in Deutschland solches Unternehmen zur Förderung jeder echten Wissenschaft, unbekümmert um den finanziellen Erfolg mit Staatshülfe geschaffen werde?

---

[8]) [9]) Ernest Lehr, Docteur du droit, professeur honoraire de législation comparée à l'académie de Lausanne etc., Code de commerce Portugais de 1888, traduit et annoté. Paris 1889. Imprimerie Nationale. XLIX et 265 p.

Ernest Lehr etc., Code civil du Canton de Zurich de 1887, traduit et annoté. Paris 1890. Imprimerie Nationale. LXXII et 293 p.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Absolutheit der obligatorischen Rechte 17.
Abstimmungen, Verträge zur Beeinflussung von 202.
Actio injuriarum s. i., negatoria s. n.
Aerzte 218, 219.
Aemter, Verträge betr. Verschaffung von Aemtern 188.
Agitationsverträge 190.
Aktienrecht, englisches; der neueste Entwurf einer Novelle zu demselben 111.
Altersvormundschaft s. Vormundschaftsrecht.
Anspruchsverjährung 58.
Auseinandersetzung des sich Wiederverheirathenden mit den Kindern erster Ehe 309.
Ausstellung s. Porträts, Photographien.
Autorrecht an unsittlichen Schriften 250.

Beamtenbestechung 194.
Betrug gegenüber Dirnen 196; desgl. Maitressen 199; desgl. Verlobten 229.
Bietungsbeschränkungen s. Versteigerungen.
Bordelle 195, 242.
Boykottvereinbarungen 225.
Briefgeheimniß 203, 240.
Buße 258, 338, 370.

Claqueur 193.
Condictio soluti bez. des aus unsittlichen Verträgen erlangten 241, 243.

Dahrlehnsverträge zu unsittlichen Zwecken 200.
Delikte s. Schadenersatz.
Diebstahl gegenüber Dirnen 196, 31.
Dienstverträge, jus ad rem dabei 237, 239, 244.
Dinglichkeitsprinzip 12 ff.
Dingliche Rechte zur Förderung unsittlicher Zwecke 249.
Dirnenlohn, Klagbarkeit 196.
Dommage moral nach Art. 1382, 1383. C. civ. 260, 341.

Ehemaklerlohn, ob klagbar 166.
Ehenichtigkeit, Einfluß auf elterl. Gewalt und Vormundschaft nach dem Entw. e. b. G. 318.
Ehescheidung, Einfluß auf die elterliche Gewalt nach dem Entw. e. B. G. 318.
Eheschließung, betrügerische Erschleichung, ob Betrug im Sinne des Strafgesetzes 163.
Eheversprechen, Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung 228.
Eigenthum, Begriff 27.
Eigenthumsentziehung. Auf rechtswidrige E. gerichtete Verträge 205.
Eigenthümerhypothek, rechtliche Natur 35, 45.
Einzelangriff der Genossen bei den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 141.
Elterliche Gewalt des Entw. e. b. G. 297. — Fälle, in denen dieselbe endigt 304 ff., insbes. Fall der Todeserklärung 305; Fall der Verwirkung 315; Fall der Nichtigkeit der Ehe 318; Fall der Entziehung 322; Fall des Ruhens 327.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Dinglichkeitsbegriff 19. — Verjährungslehre 58. — Pflichten aus dem Ver-

Digitized by Google

löbniß 228. — Behandlung der Verträge contra bonos mores 240. — Die privatrechtlichen Körperschaften des Entw. 266. — Pflichttheilslehre 66. — Behandlung des Schadensersatzes bei Verletzung idealer Güter 339, 372. — Altersvormundschaft 291. — Die gesetzlichen Pfandrechte des Entw. 275.

Erfinderrecht an Erfindungen zu unsittlichen Zwecken 250.

Erlaubte Privatgesellschaften des Pr. Allg. LR. Gerichtsstandschaft 272.

Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Neuerungen des R.-Ges. vom 1. Mai 89. 140.

Expropriation s. Schadensersatz.

Fabrikgeheimniß s. Gewerbegeheimniß.

Familiensiegel 94.

Familienwappen 94

Familienzugehörigkeit s. Namenrecht.

Faustpfandrecht. Konstruktion im Entw e. b. G. 40. — Verhältniß zum gesetzl. Pfandrecht 286.

Fehde 369.

Feststellungsklagen, Verjährung 59.

Freibier bei Wahlbestechungen 201.

Friedensgeld 371.

Freudenhäuser; bezügliche Rechtsgeschäfte 194. — Schutz des Eigenthums an 242.

Garantieversprechen für Dienstübertretung eines Beamten 190.

Gastwirth; gesetzliches Pfandrecht 292.

Geheimnißbruch; Verträge, welche G. bezwecken 203, 239.

Gentilnamen 94 ff.

Geschenke an Beamte für Dienstobliegenheiten 194.

Gesellschaftsverträge zu unsittlichen Zwecken 242; — desgl. auf Lebenszeit 208.

Gewerbefreiheit; Verträge, welche eine Einschränkung der enthalten 209.

Gewerbegeheimniß; Verträge zur Sicherung des G. 216.

Glücksspiel 231.

Großvater, mütterlicher als Vormund unehelicher Enkelkinder 302.

Gründung der Aktiengesellschaften; Reformversuche in England 113.

Grundschuld; rechtliche Natur 36, 44.

Haftpflicht, beschränkte bei den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 141.

Handelsgesellschaft, offene, rechtliche Natur 1 ff.

Honorar s. künstlerische Leistungen.

Hypothek; Konstruktion im Entw. e. b. G. 41.

Ideale, die im Rechte 161 ff.; — Rechtsschutz durch Ungültigkeit der gegen Sitte und öffentliche Ordnung gerichteten Geschäfte 163; Rechtsschutz des Idealen in positiver Beziehung 250.

Inbegriff 52.

Individualrecht; das N. als Namenrecht 77 ff.; — Zulässigkeit von Verträgen über das Individualrecht 91.

Injuriarum aestimatoria actio 256, 360, 366.

Insurgenten; Verträge zur Unterstützung von 207.

Juristische Personen; Begriff und rechtliche Konstruktion 1 ff.; Willenstheorie 3; s. a. Körperschaften, Namenrecht.

Karrikaturen; Rechtsschutz gegen K. 88, 89.

Kartellverträge 236.

Kauf bricht Miethe 54.

Kinder s. Vormundschaft, uneheliche K.

Koalitionen der Arbeitgeber bezw. Arbeiter zur Festsetzung von Preis- und Lohnbedingungen 218, 235.

Körperschaften, privatrechtliche im Entw. e. b. G. 266.

Kompensation zwischen Gesellschaftsforderungen und Forderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen Gesellschafter 6.

Konfiskation des durch unsittliche Geschäfte Erlangten 241; — gegen Konfiskation gerichtete Verträge 203.

Konkurrenz; Verträge zur Verhinderung von K. 209 — insbes. Koalitionen der Arbeitgeber bezw. Arbeiter 218.

Konkurrenzausschreiben; Verträge behufs Abhalten von der Betheiligung 227.

Künstlerische ꝛc. Leistungen; Bedeutung des Honorars 255.

Künstlermonogramme; rechtlicher Schutz 82.

Landesverrath; Rechtsgeschäfte zur Unterstützung landesverrätherischen Handelns 199.

Lizitationen s. Versteigerungen.

Lotterie 232.

Digitized by Google

Makelverträge zur Herbeiführung einer Eheschließung 166; — desgl. zur Beschaffung einer Stellung, Würde ꝛc. 187.
Maitresse; Rechtsverhältnisse gegenüber M. 198.
Miethe; der Satz, Kauf bricht M. 54.
Minderjährige s. Vormundschaft.
Monopolverträge s. Konkurrenz.

Nahrungsmittelfälschung 206.
Namensrecht; das N. ein Zweig des Individualrechts 67 ff.; — insbes. Schutz des Autornamens 68 ff.; — Mißbrauch des N. durch Verwendung in einer Erzählung ꝛc. 83; — desgl. durch Benennung eines Theaters mit einem bestimmten Namen 87 ff.; — N. bez. der Familienzugehörigkeit 92; — Rechtsschutz juristischer Personen gegen Aneignung ihrer Namen 108; — Geltendmachung des Klagerechts, Strafandrohungen 106.
Negatoria actio; Inhalt 252.
Neutralität; Verträge, welche der N. widersprechen 207.
Notare 218, 219.

Oeffentliche Ordnung; Verträge gegen dieselbe 240.
Offene Handelsgesellschaft s. Handelsgesellschaft.
Orden; Verträge betr. Verschaffung von O. 188.

Pächter; gesetzliches Pfandrecht 283.
pactum de quota litis 255.
Patentrechte; Gültigkeit von Verträgen, welche mit P. im Widerspruch stehen 233.
Persönliche Rechte; Absolutheit 17; — Unterschied von den dinglichen Rechten 19.
Pfandklage, rechtliche Natur 33.
Pfandrecht, gesetzliches nach dem Entw. e. b. G. an Grundstücken 275; an beweglichen Sachen 277; an Schiffen 285; — Verhältniß des ges. Pf. zum Faustpfand bezw. Pfändungspfandrecht 286.
Pfändungspfandrecht; Verhältniß zum gesetzlichen Pfandrecht 286.
Pflichttheilslehre im Entw. e. b. G. 66.
Photographien; Rechtsschutz gegen vertragswidrige Ausstellung 89.
Polizei; Verschiedenheit der Stellung der P. und des Rechtsschutzes gegenüber unsittlichen Verhältnissen 195.
Porträts; Ausstellung von P. wider den Willen des Porträtirten 88.
Provision s. Makelverträge.
proxeneticum s. Makelverträge.
Pseudonyme; Annahme von wirklichen Namen als Pf., ob zulässig 78; — Schutz des Pf wie eines wirklichen Namens 79.

Reallasten, rechtliche Konstruktion 52.
Recht zur Sache 237.
Rückforderung s. condictio.

Sachgesammtheiten als Gegenstand dinglicher Rechte 52.
Schadensersatz; Berücksichtigung der idealen Seite des Eigenthums bei Abmessung 256.
— Vergütung nicht ökonomischen Schadens aus Delikten 336 ff., insbesondere in Oesterreich 340; Frankreich 341; Belgien 349; Schweiz 350; Italien 353; England 354; Amerika 376; Deutschland 337; nach dem Entw. e. b. G. 339, 372.
Schiffe, gesetzliches Pfandrecht an 277, 285.
Schmerzensgeld 260.
Schweigegeld; vertragsmäßige Zusicherung 192.
Servituten; Begriff, Dinglichkeit 29, 54.
Sklavenhandel 206.
Spielhäuser 195.
Standesregister; Beseitigung unrechtmäßig angemaßter Namen 96.
Stellenkauf 188.
Stimmenkauf 190, 201.
Suggestion; Verträge, welche auf eine unzulässige S hinauslaufen 107 ff.

Todeserklärung als Anlaß einer Vormundsbestellung 305.
Trades-Unions 221
Truckvertrag 233.
Trusts 212.

Uneheliche Kinder; Rechtsstellung nach dem Entw. 301.
Uneheliche Mutter; Stellung als Vormünderin nach dem Entw. 298.
Universitas personarum; Unterschied von der offenen Handelsgesellschaft 1; — Merkmale 5.
Unschuldig Verurtheilte, Entschädigung 264.

Digitized by Google

Unsittliche Vorträge s. Ideale.
Unternehmer; gesetzliches Pfandrecht 284.
Untersuchungshaft, unschuldig erlittene 264.
Unzuchtsbeförderung; darauf zielende Verträge 197.

Verbotene Gegenstände, Bücher ꝛc., Verträge über 334.
Vereine; Behandlung im Entw. e. b G. 266.
Verjährungslehre des Entw. e. b. G. 58; — insbes. V. der Feststellungsklage 59; — Unterbrechung der V. 61.
Verlöbniß; freie Lösbarkeit 227.
Vermiether; gesetzliches Pfandrecht 278.
Verpächter, gesetzliches Pfandrecht 283.
Versteigerungen; Verträge, betr. Abhalten vom Mitbieten 225.
Verträge über die Verjährung 65. — über die Individualrechte 91. — Rechtsfolgen aus unsittlichen ꝛc. Verträgen 240.
Vorkaufsrecht, dingliches, juristische Konstruktion 53.
Vormerkungen zur Sicherung der Eintragung obligatorischer Rechte 53.
Vormundschaftsrecht des Entw. e. b. G. 291. — Bevormundungsfälle der Altersvormundschaft 297.

Wahlbestechungen 201.
Wahlagitation. Vorträge betr. 190.
Werkmeister; Anspruch auf Arresthypothek 276.
Wiederverheirathung einer Wittwe bezw. eines Wittwers. Einleitung der Vormundschaft über die Kinder erster Ehe 307.
Wittwer, s. Wiederverheirathung.
Wucherverträge. Rückforderung des Geleisteten 244.

Zeitungstitel in der Form des Pseudonyms 81. 92.
Zeugniß. Verträge über Ablegung bezw. Verweigerung 192.
Zoll- u. Steuergesetze. Verträge zur Behinderung von Zuwiderhandlungen 233.

Digitized by Google

II. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

1. Lehrbücher, Handbücher, Werke allgemeinen Inhalts.

Goldschmidt: System des Handelsrechts mit Einfluß des Wechsel-, See- und Versicherungsrechts im Grundriß. 3. Aufl. 380.

Dr. Ortloff: Die gerichtliche Redekunst. 2. Ausgabe 158.

Rintelen: Das Konkursrecht nebst Anhang ꝛc. 157.

— Der Civilprozeß. Lief. 1—6. 157.

2. Gesetzesausgaben und Commentare.

Bosse u. v. Woedtke: Das Reichsgesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung 136.

Esser II.: Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften 385.

Fuld: Das Reichsgesetz, betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung 137.

Gareis u. Fuchsberger: Das allg. deutsche Handelsgesetzbuch 382.

Hoffmann: Das Reichsges., betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 148.

— Die zu dem vorerw. Ges. erlassene Best. des Reichskanzlers ꝛc. 149.

Kayser: Gesetz, betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. 2 Aufl. 385.

Lehr: Code de commerce portugais de 1888. 386.

Derselbe: Code civil du Canton Zurich de 1887. 386.

Makower: Das Allg. deutsche Handelsgesetzbuch. 10. Aufl. 381.

Maurer: Das Reichsgesetz, betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. 147.

Menzen: Das Reichsgesetz, betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung 137.

Parisius und Crüger: Das Reichsgesetz, betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. 146.

Petersen und Pechmann: Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. 383.

Proebst: Das Reichsgesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889. 147.

Späing: Französisches, Belgisches und Englisches Wechselrecht. 154.

Staub: Kommentar zum Allg. deutschen Handelsgesetzbuch. Lief. 1 u. 2. 383.

Stubenrauch: Kommentar zum österr. allg. bürg. Gesetzb. VI. Aufl. von Dr. Schuster v. Bonnott u. Dr. Schreiber. 158.

3. Monographien.

Böhm: Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen auf dem Gebiete des Privatrechts. 129.

Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen. 153.

Dietrich: Die rechtlichen Grundlagen der Genossenschaften der römischen Staatspächter I. 150.

Dr. Francken: Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwickelung. 152.

Goldschmidt: Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren. 145.

Digitized by Google

Goldschmidt: Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetz vom 1. Mai 1889. 149.
Hager: Ueber die Aufnahme des Wasserrechts in das bürgerl. Gesetzb. 132.
Heyd: Beiträge zur Geschichte des deutschen Handels. Die große Ravensburger Gesellschaft. 151.
von Kemnitz: Die allgemeinen Grundsätze des Entw. e. b. G. 131.
Dr. Lastig: Markenrecht und Zeichenregister. 153.
Laß: Haftpflichtrecht und Reichsversicherungsgesetzgebung. 136.
Marcusen: Das negative Vertragsinteresse im schweizerischen Obligationenrecht und im deutschen Entwurf. 134.
Muskat: Das zukünftige deutsche Civilrecht. Allg. Theil. 130.
Noest: Die Prozeßkosten. 138.
Parisius: Die Haftpflicht der Genossen und das Umlageverfahren 146.
Richter: Das 8. Buch der CPO: Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen. 138.
Rüdiger: Vereine und Genossenschaften. 131.
Dr. Schultze: Umlageverfahren und Einzelangriff. 146.

4. Zeitschriften.

Böhm: Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. 1. Lief. 159.
Thaller: Annales de droit commercial français, étranger et et international. III. et IV. année. 156.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

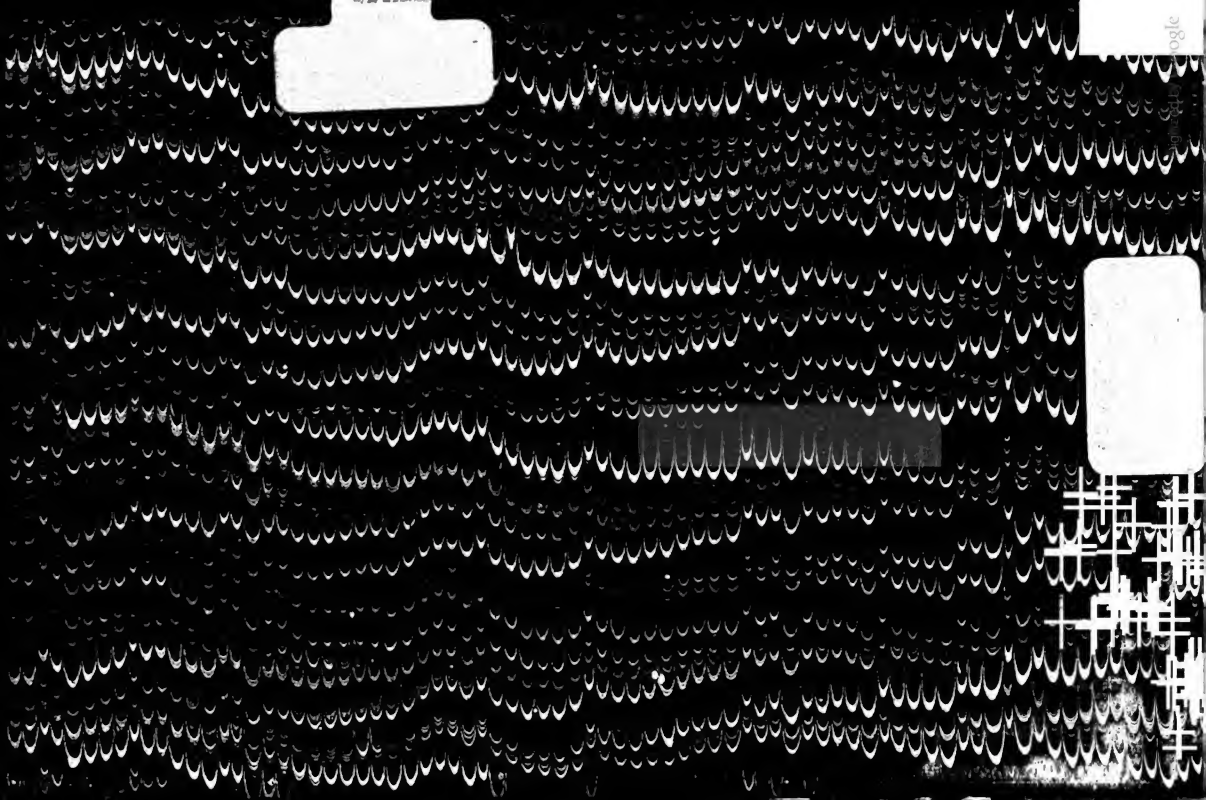
Digitized by Google

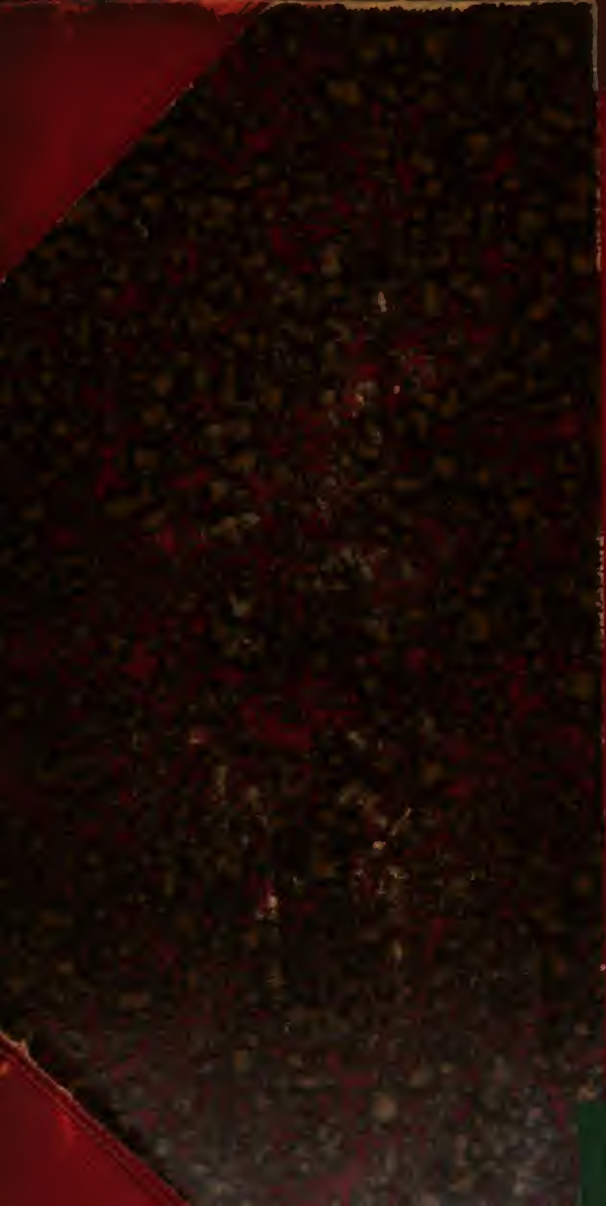
HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

MAY 18 2004

Digitized by Google




Digitized by Google